

Avis de droit

délivré à SUISA, SSA, ProLitteris, Suissimage, Swissperform

au sujet de la révision du droit de la surveillance des sociétés de gestion de droits d'auteur et de droits voisins (projet du Conseil fédéral du 11 décembre 2015)

I. Résumé

Le but de la présente consultation est de déterminer les conséquences de la révision du droit de la surveillance des sociétés de gestion de droits d'auteur et de droits voisins telles qu'elles résulteraient du projet du Conseil fédéral du 11 décembre 2015, et d'examiner si de telles conséquences seraient souhaitables, voire problématiques sous l'angle des libertés constitutionnelles en particulier.

Les art. 40 et 41 du projet modifieraient fondamentalement la situation des sociétés de gestion.

De nombreux domaines de l'activité des sociétés de gestion seraient désormais soumis à surveillance, alors que tel n'est pas le cas actuellement. Dans ces domaines, les sociétés de gestion devraient établir des projets de tarifs dans les limites de l'art. 60 LDA, les négocier avec les associations représentatives d'utilisateurs, puis les soumettre à l'approbation de la Commission arbitrale (sous réserve de recours au TAF et au TF).

Leurs règlements de répartition, en relation avec les activités jusque-là non soumises à surveillance, devraient être soumis à l'approbation de l'Institut. L'examen de leurs règlements de répartition porterait aussi sur leur caractère « équitable ».

Le contrôle de leur gestion s'étendrait à l'opportunité et non plus seulement à la légalité. Les sociétés de gestion seraient ainsi placées sous la tutelle de l'Etat pour toutes leurs activités.

Il en résulterait, contrairement aux buts recherchés, une augmentation sensible de leurs frais de fonctionnement.

L'extension de la surveillance telle qu'elle est prévue par le projet pourrait aussi causer un engorgement de la Commission arbitrale et des instances de recours.

Aucun des motifs avancés par le Conseil fédéral ne justifie cette extension de la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion.

Les règles légales instituant une surveillance des tarifs portent atteinte au droit exclusif de l'auteur, lequel est protégé par la garantie constitutionnelle de la propriété. En outre, la surveillance des sociétés de gestion constitue une forme d'atteinte à leur liberté économique. Par conséquent, une extension de la surveillance telle que préconisée par le projet devrait correspondre à un but d'intérêt public et se justifier au regard du principe de la proportionnalité.

Ni l'optimisation de la transparence ni d'éventuelles difficultés d'interprétation de l'art. 40 al. 1 litt. a LDA ne peuvent justifier une telle extension de la surveillance, et l'idée selon laquelle la

surveillance serait une contrepartie de l'autorisation ne peut pallier l'absence d'intérêt public à étendre la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion.

En particulier, on ne voit guère quel serait l'intérêt public à réglementer les relations entre sociétés de gestion et diffuseurs de films, par exemple, et à ce que les tarifs correspondants soient soumis à la Commission arbitrale. On ne voit pas non plus quel intérêt public il pourrait y avoir à soumettre à surveillance la gestion des droits de reprographie pour les partitions de musique, des droits de synchronisation (dans le domaine musical), ainsi que la gestion des droits de diffusion de pièces radiophoniques ou de reproduction et de mise à disposition des œuvres des arts visuels, p.ex. Les utilisateurs concernés ne réclament d'ailleurs pas de telles mesures.

Par ailleurs, l'alignement sur les pays voisins n'est pas en soi une fin d'intérêt public. D'ailleurs, la situation à l'étranger n'est nullement comparable à celle qui résulte du projet, qui va beaucoup plus loin.

Enfin, la surveillance des tarifs dans les domaines où les sociétés de gestion ne sont pas en situation de monopole pourrait créer une distorsion de concurrence et une inégalité de traitement par rapport à des sociétés étrangères qui gèrent des droits sur territoire suisse dans ces domaines (musique en ligne, en particulier).

La surveillance des tarifs doit contrebalancer l'absence de concurrence qui résulte d'un monopole de fait ou de droit. C'est sur cette base que la délimitation de la surveillance des sociétés de gestion a été élaborée en droit actuel. En revanche, lorsqu'il n'existe ni monopole, ni risque sérieux d'abus, la surveillance des tarifs ne se justifie pas.

II. Situation en droit actuel

Selon l'art. 40 LDA, sont soumis à la surveillance de la Confédération:

- a) la gestion des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres;
- a^{bis}) l'exercice des droits exclusifs prévus aux art. 22, 22a à 22c, et 24b;
- b) l'exercice des droits à rémunération prévus aux art. 13, 20, 24c et 35¹.

L'art. 40 al. 2 LDA précise que le Conseil fédéral peut soumettre à la surveillance de la Confédération d'autres domaines de gestion, si l'intérêt public l'exige.

Autrement dit, la surveillance de la Confédération s'exerce sur la gestion (i) de certains droits exclusifs dans le domaine musical non théâtral, (ii) des droits exclusifs soumis à la gestion collective obligatoire, et (iii) des droits à rémunération prévus par la loi.

¹ En revanche, la gestion des droits exclusifs visés à l'al. 1 litt. a (droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres) par l'auteur lui-même ou par ses héritiers n'est pas soumise à la surveillance de la Confédération (art. 40 al. 3).

Ainsi, l'activité des sociétés de gestion est soumise à surveillance dans certains de leurs domaines d'activité, mais non d'autres. Il en découle une distinction entre la gestion collective soumise à surveillance et celle non soumise à surveillance.

Pour les sociétés de gestion, la surveillance se traduit par : (i) la nécessité d'une autorisation (art. 41)² ; (ii) le contrôle de leur gestion (par l'IPi)³ ; (iii) l'obligation de négocier chaque tarif avec les associations représentatives des utilisateurs et de soumettre les tarifs à l'approbation de la Commission arbitrale fédérale⁴.

La surveillance de la gestion des droits exclusifs visés à l'art. 40 litt. a LDA (droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres) s'explique en partie par des raisons historiques : auparavant, l'art. 2 al. 1 aLPerc instituait un monopole légal pour la gestion collective de ces droits. Depuis lors, le monopole légal a été abandonné, mais il subsiste un monopole de fait⁵ : pour des raisons pratiques, les auteurs d'œuvres musicales non théâtrales doivent faire appel à SUISA pour la gestion de leurs droits, et les utilisateurs d'œuvres qui ont besoin d'acquiescer une autorisation d'utiliser les droits d'exécution, de diffusion ou de confection de supports doivent s'adresser à SUISA. C'est cette situation de monopole de fait qui justifie la surveillance de la gestion collective de ces droits dans le domaine musical.

Il en va de même pour les droits soumis à la gestion collective obligatoire et les droits à rémunération : les ayants droit ne peuvent gérer individuellement leurs droits (puisqu'ils sont obligés de par la loi à recourir à la gestion collective⁶, et que les droits à rémunération ne peuvent être exercés de par la loi que par une société de gestion agréée⁷) et les utilisateurs doivent s'adresser à une société de gestion, qui est alors en position de monopole.

En dehors des domaines visés à l'art. 40 al. 1 LDA, l'activité des sociétés de gestion ne fait pas l'objet d'une surveillance étatique.

² Art. 41 LDA : « La personne qui gère des droits soumis à la surveillance de la Confédération doit être titulaire d'une autorisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPi) ».

³ Art. 53 al. 1 LDA : « L'autorité de surveillance contrôle l'activité des sociétés de gestion et veille à ce qu'elles s'acquiescent de leurs obligations. Elle examine leur rapport d'activité et l'approuve ».

⁴ Art. 46 al. 2 et 3 LDA.

⁵ D'autant que l'art. 42 al. 2 LDA dispose, pour les domaines soumis à surveillance, qu'il ne sera accordé d'autorisation en règle générale qu'à une société par catégorie d'œuvres et à une société pour les droits voisins.

⁶ Art. 22 al. 1, 22a, 22b, 22c et 24b LDA.

⁷ Art. 13 al. 3, 20 al. 4, 24c al. 4 et 35 al. 3 LDA.

III. Les règles du projet du Conseil fédéral et leurs conséquences

A. Les règles du projet

Les art. 40 et 41 du projet modifient fondamentalement la situation des sociétés de gestion. Si l'art. 40 du projet⁸ énumère toujours les mêmes domaines (droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres ; droits soumis à la gestion collective obligatoire ; droits à rémunération), il ne prévoit plus que seuls ces domaines seraient soumis à la surveillance de la Confédération : il dispose que la gestion de ces droits requiert une autorisation, et l'art. 41 du projet soumettrait à la surveillance de la Confédération toutes les sociétés de gestion qui doivent obtenir une autorisation de l'IPI⁹. Or, toutes les sociétés de gestion sont soumises à une telle obligation, puisqu'elles gèrent aussi, chacune dans leur domaine d'activité, des droits qui sont soumis à la gestion collective obligatoire ou des droits à rémunération qui ne peuvent être exercés que par des sociétés de gestion soumises à surveillance.

Ce serait ainsi l'ensemble des activités des sociétés de gestion qui seraient soumises à surveillance (surveillance de leur gestion, mais aussi de leurs tarifs)¹⁰.

La surveillance ne serait en revanche pas étendue aux procédures dans lesquelles les sociétés de gestion occupent uniquement une fonction d'intermédiaire entre usagers et titulaires de droits¹¹.

En outre, le projet prévoit non seulement, comme en droit actuel, que les sociétés de gestion sont tenues d'établir un règlement de répartition du produit de la gestion et de le soumettre à l'approbation de l'autorité de surveillance (à savoir l'IPI), mais que celle-ci devrait vérifier si le

⁸ L'art. 40 du projet a la teneur suivante :

« Doit être titulaire d'une autorisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI), quiconque :
a. gère des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres ; b. exerce les droits exclusifs prévus aux art. 22 à 22c et 24b ; c. exerce les droits à rémunération prévus aux art. 13, 20, 24c, 24d et 35.

Le Conseil fédéral peut soumettre des sociétés actives dans d'autres domaines de gestion au régime de l'autorisation, si l'intérêt public l'exige.

L'auteur lui-même et ses héritiers ne sont pas soumis au régime de l'autorisation pour la gestion des droits exclusifs au sens de l'al. 1, let. a ».

⁹ L'art. 41 du projet dispose : « Quiconque nécessite une autorisation de l'IPI est soumis à la surveillance de la Confédération ».

¹⁰ Rapport explicatif, p. 27 : « il est prévu d'étendre la surveillance à l'ensemble des activités des sociétés de gestion ». Rapport explicatif, p. 64 : « Cette solution permet un contrôle global et exhaustif des activités exercées par les sociétés de gestion. Elle est justifiée par le fait qu'une autorisation de l'Etat consolide la position des sociétés de gestion tant vis-à-vis des titulaires de droits qu'à l'encontre des utilisateurs d'œuvres. Les sociétés souhaitant bénéficier d'une autorisation étatique doivent en contrepartie se soumettre à la surveillance de la gestion des affaires par l'IPI portant sur l'ensemble de leurs activités. La surveillance sur les tarifs est exercée par la Commission arbitrale fédérale (art. 55 à 60) ».

¹¹ Rapport explicatif, p. 27. Dans ce cas (gestion collective individualisée), la société ne fait pas valoir des droits en nom propre, mais fonctionne comme intermédiaire entre l'auteur et l'utilisateur, qui concluent un contrat directement entre eux.

règlement de répartition qui lui est soumis est « *équitable dans sa structure et dans chacune de ses clauses* »¹².

Enfin, la surveillance exercée par l'IPI serait étendue au contrôle de l'opportunité : l'Institut pourrait désormais vérifier si une société de gestion, alors même qu'elle n'aurait pas excédé les limites de son pouvoir d'appréciation, aurait pris des décisions inadéquates¹³.

B. Conséquences

1. Pour les sociétés de gestion

Si, à l'heure actuelle, les activités de SUISA, de Suissimage et de Swissperform sont très largement soumises à surveillance, il n'en va pas de même pour la SSA et ProLitteris.

Pour SUISA, l'extension de la surveillance aurait pour effet d'inclure désormais la gestion collective des droits en ligne (à l'heure actuelle, ces droits ne sont pas compris dans ceux énumérés à l'art. 40 al. 1 litt. a LDA). Elle comprendrait également la gestion des droits de reprographie pour les partitions musicales (art. 10 al. 2 litt. a, en relation avec l'art. 19 al. 3 litt. c LDA) et celle des droits de synchronisation, qui ne sont pas soumises à surveillance actuellement.

Suissimage agit la plupart du temps dans le cadre de tarifs soumis à surveillance (gestion collective obligatoire, droits à rémunération), mais gère aussi des droits de diffusion et d'utilisation d'extraits d'œuvres audiovisuelles dans la confection de produits multimédias, qui ne sont pas des domaines soumis à surveillance. La révision aurait pour effet de soumettre la gestion de ces droits à la surveillance étatique.

Swissperform intervient dans les domaines soumis à gestion collective obligatoire et pour exercer des droits à rémunération ; elle gère aussi les droits de reproduction et de mise à disposition des artistes interprètes. Son activité est pour l'essentiel déjà soumise à surveillance. Pour cette société, les conséquences du projet de révision se feraient sentir surtout en ce qui concerne la surveillance de la gestion et de la répartition.

Si les activités de ProLitteris dans le domaine des utilisations d'œuvres à des fins privées sont actuellement soumises à surveillance (il s'agit de droits à rémunération), tel n'est pas le cas pour la gestion collective des droits de diffusion, ainsi que des droits de reproduction et de mise en ligne d'œuvres des arts visuels. La révision étendrait donc la surveillance à ces domaines.

Enfin, la SSA n'est actuellement soumise à surveillance que dans le domaine des droits à rémunération et des droits faisant l'objet d'une gestion collective obligatoire. En revanche, ses activités dans le domaine des droits de reproduction (hors copie privée), de représentation et

¹² Art. 48 al. 1 bis.

¹³ Rapport explicatif, p. 66 : « *Jusqu'à présent, l'IPI se limitait, dans l'examen des décisions et des activités des sociétés de gestion, à un simple contrôle de l'application du droit. L'al. 1 prévoit qu'il pourra aussi vérifier, à l'avenir, si l'activité des sociétés de gestion est appropriée. Cette dernière est inappropriée lorsqu'une société de gestion agit certes dans la marge du pouvoir d'appréciation qui lui est attribué, mais qu'elle l'exerce d'une manière inadéquate par rapport à ce que la situation concrète aurait exigé* ».

de diffusion, ou des utilisations multimédia par exemple, ne sont pas soumises à surveillance. Le projet soumettrait ces droits à surveillance.

Il existe donc des pans entiers de l'activité des sociétés de gestion qui ne sont actuellement pas soumis à surveillance qui le deviendraient. Cela signifie que pour ces activités-là, les sociétés de gestion devraient établir des projets de tarifs, les négocier avec les associations représentatives d'utilisateurs, puis les soumettre à l'approbation de la Commission arbitrale (sous réserve de recours au TAF et au TF). Cela signifie également que leurs règlements de répartition, en relation avec les activités jusque-là non soumises à surveillance, devraient être soumis à l'approbation de l'Institut.

En outre, les sociétés de gestion seraient soumises à surveillance non seulement en ce qui concerne leurs tarifs et leurs règlements de répartition, mais aussi pour leur gestion en général, sans exception : ainsi, les décisions relatives au personnel, aux locaux, à l'informatique, mais aussi les décisions concernant les enquêtes statistiques sur l'utilisation d'œuvres (dans le domaine de la copie privée, p.ex.), la surveillance des utilisations illicites, les actions en justice contre les utilisateurs récalcitrants, les actions culturelles, etc. seraient soumises au contrôle de l'Etat. Etant rappelé que ce contrôle ne se limiterait pas à la légalité mais aussi à l'opportunité, les sociétés de gestion seraient ainsi placées sous la tutelle de l'Etat pour toutes leurs activités.

Pour les sociétés de gestion, cette extension de la surveillance se traduira par une hausse sensible de leurs coûts (notamment de personnel) – ce qui n'est sans doute pas une conséquence souhaitable pour les ayants droit (si ces coûts viennent en diminution des recettes qui doivent leur revenir) et pour les utilisateurs (si les coûts leur sont répercutés à l'occasion d'une révision des tarifs).

En outre, l'art. 42 al. 2 LDA dispose qu'en règle générale, il ne sera accordé d'autorisation qu'à une société par catégorie d'œuvres. Si dès lors la surveillance devait être étendue à toutes les activités des sociétés de gestion, notamment dans le domaine de l'audiovisuel, la question de l'activité parallèle de Suissimage et de la SSA pourrait se poser à nouveau, et cela en relation avec l'exercice des droits de diffusion et des droits relatifs aux exploitations multimédia notamment : faudrait-il attribuer la gestion de ces droits à une seule société, avec pour conséquence un bouleversement de la situation actuelle, une restriction de la liberté des auteurs de choisir entre la SSA et Suissimage, et une grave atteinte à la liberté économique de ces deux sociétés ? L'avant-projet n'implique pas nécessairement un tel changement, mais l'extension de la surveillance dans le domaine de l'audiovisuel pourrait faire resurgir ce débat.

2. Pour l'IPI

L'extension de la surveillance des sociétés de gestion, et notamment le contrôle de leurs activités sous l'angle de l'adéquation, devrait inévitablement entraîner des dépenses supplémentaires pour l'Institut. Il s'agira non seulement d'examiner ou de réexaminer tous les règlements de répartition sous l'angle de leur légalité et de leur adéquation, mais aussi d'exercer un contrôle de la gestion, dont il est rappelé qu'il s'étendra à toutes les activités, et cela aussi sous l'angle de l'opportunité.

A cet égard, le rapport explicatif du Conseil fédéral se borne à rappeler que les activités de l'Institut sont entièrement couvertes par des taxes. Autrement dit, les surcoûts liés à l'extension

de la surveillance seront répercutés sur les sociétés de gestion – ce qui contribuera encore à l’augmentation de leurs frais dans une mesure difficilement prévisible.

3. Pour la Commission arbitrale, le TAF et le TF

L’extension de la surveillance à des activités qui ne l’étaient pas jusqu’à présent aurait pour conséquence que les tarifs correspondants devront faire l’objet de négociations avec les associations d’utilisateurs, puis être soumis à la Commission arbitrale. Ces tarifs, qui concerneront notamment les télédiffuseurs, les prestataires de vidéo à la demande, les plateformes de musique en ligne, les producteurs multimédia et tous les utilisateurs d’œuvres des arts visuels, en particulier, ne feront probablement pas l’objet d’accords et devront donc être soumis à la Commission arbitrale pour qu’elle tranche. S’agissant de nouveaux tarifs s’adressant à d’importants utilisateurs, il est au contraire plus que vraisemblable qu’ils fassent l’objet d’une procédure de recours jusqu’au TF, puisque ces tarifs soulèveront des questions à la fois financières et juridiques importantes. Il faut donc s’attendre à un surcroît de travail pour la Commission arbitrale et pour les autorités de recours (TAF, TF).

Sur ce point, le rapport explicatif est muet. Il se borne à relever que l’extension prévue de la surveillance des tarifs aux conventions contractuelles relatives à la gestion de droits exclusifs non soumis au régime de l’autorisation selon l’art. 43a (licences collectives élargies) serait susceptible d’entraîner un surcroît de travail pour la Commission arbitrale fédérale, et un surcoût équivalent à un poste à temps partiel¹⁴. Or, plus que les licences collectives élargies selon l’art. 43a, c’est l’extension de la surveillance à toute une série de domaines qui n’y étaient pas soumis jusqu’alors qui devrait générer un travail supplémentaire pour la Commission.

IV. Examen critique des motifs avancés à l’appui de cette extension de la surveillance

A. Les motifs avancés par le Conseil fédéral

1. Souhait de la Délégation des finances

Selon le Rapport explicatif, cette extension de la surveillance aurait été demandée par la Délégation des finances après une révision effectuée par le Contrôle fédéral des finances à l’Institut¹⁵.

¹⁴ Rapport explicatif, p. 84 : « Le projet n’engendre par conséquent aucun coût pour la Confédération au niveau du personnel. En tant qu’unité administrative décentralisée de la Confédération, l’IPI tient en effet sa propre comptabilité, et ses charges sont entièrement couvertes par des taxes. Il supporte aussi les frais de l’OMET, qui lui est rattaché administrativement. L’extension prévue de la surveillance des tarifs aux conventions contractuelles relatives à la gestion de droits exclusifs non soumis au régime de l’autorisation selon l’art. 43a (gestion collective facultative) est toutefois susceptible d’entraîner un surcroît de travail pour la Commission arbitrale fédérale. Des coûts équivalents à un poste à temps partiel pourraient survenir si, dans la pratique, il était fait un usage fréquent de la nouvelle gestion collective facultative ».

¹⁵ Rapport explicatif, p. 27 : « Après une révision effectuée par le Contrôle fédéral des finances (CDF) en 2014 à l’IPI, la Délégation des finances a souhaité une extension de la surveillance de la Confédération à l’ensemble des activités des sociétés de gestion et l’introduction d’un contrôle de l’équité ».

2. Distinction ardue entre domaines de gestion

La surveillance de toutes les activités des sociétés de gestion permettrait aussi d'éviter que l'Institut soit confronté « à la tâche ardue d'opérer une nette distinction entre gestion collective obligatoire et ce qu'on appelle gestion collective facultative, qui n'est pas soumise à la surveillance de la Confédération »¹⁶.

3. Optimisation de la transparence

Une surveillance généralisée serait aussi « un nouveau pas en direction d'une optimisation de la transparence en matière de gestion »¹⁷.

4. Contrepartie d'une autorisation étatique

La surveillance serait en quelque sorte une contrepartie « des avantages offerts par une autorisation de l'Etat »¹⁸, qui « consolide la position des sociétés de gestion tant vis-à-vis des titulaires de droits qu'à l'encontre des utilisateurs d'œuvres »¹⁹.

5. Alignement sur la réglementation des pays voisins

Elle permettrait également « de s'aligner sur les réglementations des pays limitrophes (p.ex. la France, l'Allemagne et l'Autriche) »²⁰.

B. Examen critique

1. Souhait de la Délégation des finances

En ce qui concerne la gestion collective, le Contrôle fédéral des finances a simplement recommandé que les coûts des sociétés de gestion fassent l'objet d'une analyse approfondie²¹. L'Institut a suivi cette recommandation et a donné un mandat à un expert externe. On ignore quels sont les souhaits émis par la Délégation des finances, mais le rapport du Contrôle fédéral des finances ne touche que la question des coûts, et ne réclame ni une surveillance des tarifs et des règlements de répartition ni une mise sous tutelle des sociétés de gestion. A moins que l'expert mandaté n'ait décelé des anomalies dans les coûts des sociétés de gestion – ce qui ne paraît pas être le cas – on ne voit guère ce qui pourrait justifier l'extension de la surveillance telle que préconisée par le projet du Conseil fédéral.

¹⁶ Rapport explicatif, p. 27 : « Jusqu'à présent, l'autorité de surveillance était confrontée à la tâche ardue d'opérer une nette distinction entre gestion collective obligatoire et ce qu'on appelle gestion collective facultative, qui n'est pas soumise à la surveillance de la Confédération ».

¹⁷ Rapport explicatif, ibid.

¹⁸ Rapport explicatif, ibid.

¹⁹ Rapport explicatif, p. 64.

²⁰ Rapport explicatif, p. 27 et 64.

²¹ Rapport du Contrôle fédéral des finances du 7 avril 2014, p. 15: „Die EFK empfiehlt, die Angemessenheit der ausgewiesenen Kosten der Verwertungsgesellschaften anhand einer eingehenden Kostenanalyse zu verifizieren. Stellungnahme des IGE: Die Kosten der Verwertungsgesellschaften sind ein Dauerthema und haben auch die Politik wiederholt beschäftigt. Das IGE begrüsst deshalb diese Empfehlung. Es beabsichtigt, die Kosten der Verwertungsgesellschaften einer eingehenden Analyse zu unterziehen. Zu diesem Zweck wurde Kontakt mit einem mit Nonprofit-Organisationen vertrauten Berater aufgenommen. Das IGE geht davon aus, dass gestützt auf dessen Input das Prüfmandat bis Anfang September 2014 fertiggestellt wird und danach die entsprechenden Arbeiten in Auftrag gegeben werden können“.

2. Distinction ardue entre domaines de gestion

Quant au caractère prétendument « ardu » de la tâche consistant à distinguer la gestion collective soumise à surveillance d'avec celle qui ne l'est pas, il ne peut justifier une extension de la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion. Au demeurant, les questions de délimitation se posent dans tous les domaines du droit, lorsqu'il s'agit d'interpréter les textes légaux. Mais en l'occurrence, la définition des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres, ne paraît pas devoir entraîner des complications (pas plus que la définition des droits soumis à la gestion collective obligatoire et des droits à rémunération). La doctrine considère d'ailleurs que la délimitation est « clairement tracée »²².

3. Optimisation de la transparence

La volonté de « transparence » est toujours à première vue louable. Mais il est plus que douteux que cet objectif puisse justifier une surveillance des tarifs, et donc un contrôle des prix au-delà des domaines dans lesquels les sociétés de gestion disposent d'un monopole de fait. En outre, cette volonté de transparence entre en conflit avec les préoccupations relatives aux coûts des sociétés de gestion : plus de surveillance signifie plus de tâches administratives et donc des coûts plus élevés.

4. Contrepartie d'une autorisation étatique

La thèse selon laquelle la surveillance serait une contrepartie de l'autorisation étatique ne résiste pas à l'examen. Les banques, p.ex., sont soumises à l'obligation d'obtenir une autorisation étatique, mais ne sont pas soumises à une surveillance de leurs contrats et de leurs tarifs. Les hypothèses dans lesquelles il existe une surveillance des tarifs sont celles dans lesquelles il n'y a pas de concurrence : la surveillance des prix, en particulier, ne s'applique qu'aux entreprises en position dominante et aux accords cartellaires²³ ; le contrôle des tarifs sur le marché de l'électricité s'explique aussi par l'absence de concurrence²⁴. Les autres formes de surveillance des tarifs que l'on peut rencontrer dans le domaine des médicaments et de certains produits d'assurance²⁵ s'expliquent aussi par des raisons particulières (remboursement par l'assurance ; besoin accru de protection du consommateur).

5. Alignement sur la réglementation des pays voisins

Quant à la réglementation des pays limitrophes, elle n'est nullement comparable à celle que préconise le projet.

En Allemagne, les sociétés de gestion ont l'obligation de faire réviser leurs comptes²⁶, d'avoir un système de répartition qui ne soit pas arbitraire²⁷, et d'établir des tarifs le cas échéant par

²² Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3^{ème} éd., p. 448.

²³ Art. 2 LSPR.

²⁴ Art. 22 al. 2 litt. b LApEI : surveillance des tarifs de l'électricité par l'EiCom. FF 2005 I 1544 : « *La compétence d'assurer la régulation, notamment en ce qui concerne l'accès au réseau et les conditions d'utilisation du réseau, est nécessaire, car, malgré l'ouverture partielle du marché de l'électricité, il n'y a pratiquement pas de concurrence possible. La situation de monopole subsiste dans le domaine du réseau. Les forces du marché faisant défaut, il faut, pour assurer l'approvisionnement, et pour empêcher les abus de cette situation monopolistique, substituer à ces forces une surveillance qui viendra compléter la régulation* ».

²⁵ Art. 33 ss LSA.

²⁶ § 9 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz.

²⁷ § 7 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz.

le moyen de conventions collectives. Une instance arbitrale est instituée en cas de litige²⁸, mais les tarifs ne sont pas soumis à approbation²⁹. Quant à la surveillance exercée par le Patentamt, elle est limitée au contrôle de la légalité des activités des sociétés de gestion³⁰.

Par rapport au projet du Conseil fédéral, le système allemand n'institue donc pas un contrôle de la gestion sous l'angle de l'opportunité, et l'examen des règlements de répartition est limité à l'arbitraire (et non étendu à un contrôle de « l'équité » comme le prévoit le projet). Et si les tarifs peuvent faire l'objet d'une procédure devant l'instance arbitrale, le droit allemand ne connaît pas de plafonnement à 10 % et 3 % comme c'est le cas à l'art. 60 LDA.

En Autriche, la situation est comparable à celle qui existe en Allemagne en ce qui concerne la révision des comptes, la surveillance de la gestion (également limitée à un contrôle de la légalité³¹) et la répartition des redevances (les sociétés de gestion doivent suivre des règles fixes qui excluent l'arbitraire³²). De même, si le droit autrichien connaît une instance qui peut statuer sur les tarifs lorsque les parties ne parviennent pas à mettre sur pied une convention collective, il ne prévoit ni une procédure d'approbation des tarifs ni un plafonnement des redevances comme à l'art. 60 LDA.

En France, la Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits³³ examine les comptes et la gestion des sociétés civiles gérant les droits des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs. Selon l'art. L 321-3 CPI, les projets de statuts et de règlements généraux des sociétés de perception et de répartition des droits sont adressés au ministre chargé de la culture, qui peut ensuite saisir le tribunal de grande instance au cas où des motifs réels et sérieux s'opposeraient à la constitution d'une de ces sociétés. En outre, « *le ministre chargé de la culture peut, à tout moment, saisir le tribunal de grande instance pour demander l'annulation des dispositions des statuts, du règlement général ou d'une décision des organes sociaux non conformes à la réglementation en vigueur dès lors que ses observations tendant à la mise en conformité de ces dispositions ou cette décision n'ont pas été suivies d'effet dans un délai de deux mois à compter de leur transmission, ou de six mois si une décision de l'assemblée des associés est nécessaire* ». Ce contrôle exercé par le Ministère de la Culture est limité à la légalité. Par ailleurs, les sociétés de gestion doivent établir chaque année un rapport sur le montant et l'utilisation des sommes prélevées au titre de la copie privée et d'autres droits à rémunération (ou soumis à la gestion collective obligatoire) au ministre chargé de la culture et aux commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat (art. L 321-9 CPI). Sous réserve de certains droits à rémunération (p.ex. pour la copie privée, qui est fixée par une commission paritaire selon l'art.

²⁸ § 14 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz

²⁹ Schulze, in: Urheberrechtsgesetz, Stämpfli Handkommentar, 2^{ème} éd., Art. 46 in fine. Mais ils ne lient pas les tribunaux, qui peuvent décider dans un cas particulier de s'écarter du tarif (Schulze, Art. 59 in fine).

³⁰ § 19 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz: „Die Aufsichtsbehörde hat darauf zu achten, daß die Verwertungsgesellschaft den ihr nach diesem Gesetz obliegenden Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt“.

³¹ § 7 al. 1, 2^{ème} phrase Verwertungsgesellschaftengesetz: „Die Aufsichtsbehörde hat darauf zu achten, dass die Verwertungsgesellschaft die ihr nach diesem Gesetz obliegenden Aufgaben und Pflichten gehörig erfüllt“.

³² § 14 Verwertungsgesellschaftengesetz: „Die Verwertungsgesellschaften haben ihre Einnahmen nach festen Regeln, die ein willkürliches Vorgehen ausschließen, an ihre Bezugsberechtigten zu verteilen (Verteilungsregeln)“.

³³ Créée par la loi du 1^{er} août 2000 et régie par l'article L 321-13 du code de la propriété intellectuelle (CPI).

L 311-5 CPI, ou pour les droits voisins, en ce qui concerne le droit à rémunération pour l'utilisation de phonogrammes disponibles dans le commerce à des fins de communication directe au public, de diffusion ou de retransmission selon l'art. L 214-4 CPI), il n'y a pas de surveillance des tarifs (mais de simples obligations d'information).

Enfin, la Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur ne commande nullement une extension de la surveillance des sociétés de gestion (la Directive entend « *demeurer neutre en ce qui concerne les régimes d'autorisation préalable et de surveillance dans les États membres* »³⁴).

6. Recommandations de l'AGUR 12

Enfin, il est frappant de voir que le rapport « AGUR 12 » ne formulait aucune recommandation dans le sens d'une surveillance accrue des sociétés de gestion, alors que son mandat était, selon le nom même de ce groupe de travail, d'optimiser la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins³⁵. Au contraire, le rapport AGUR rappelle : « *Lors de l'élaboration de la loi, à la fin des années quatre-vingt, on s'est posé la question de savoir s'il ne convenait pas d'étendre le contrôle fédéral à toute la gestion collective, sans distinction de domaine, comme c'est le cas par exemple en Allemagne et en Autriche. Le législateur y a renoncé car cela aurait uniformisé sans nécessité les diverses formes et structures de l'exercice indirect des droits. Le Conseil fédéral a expliqué qu'il existait, par exemple, des domaines où les sociétés ne font que l'intermédiaire entre les auteurs et les utilisateurs, sans faire valoir de droits propres. Dès lors, aux yeux du Conseil fédéral, étendre la surveillance à ces domaines aurait constitué une ingérence dans les contrats que les auteurs ont négociés eux-mêmes avec les utilisateurs. C'est en quelque sorte le respect de la nature privée du droit d'auteur qui a prévalu* »³⁶.

Le rapport AGUR 12 s'est borné à recommander que l'on utilise de façon systématique la gestion électronique pour réduire les coûts administratifs, par une simplification des déclarations et par une obligation pour les utilisateurs de fournir les renseignements nécessaires dans un format électronique conforme à l'état de la technique³⁷. Pour le reste, il s'est opposé à l'idée de fixer un plafond maximum pour les frais administratifs, au motif que ce ne serait pas « *une solution viable puisque leur montant est fortement tributaire du répertoire géré* »³⁸.

³⁴ Considérant 50 de la Directive 2014/26. L'art. 36 de cette Directive prévoit que « *les autorités compétentes désignées à cet effet contrôlent le respect, par les organismes de gestion collective établis sur leur territoire, des dispositions du droit national adoptées conformément aux exigences prévues par la présente directive* » et que « *les États membres veillent à ce que des procédures existent permettant aux membres d'un organisme de gestion collective, aux titulaires de droits, aux utilisateurs, aux organismes de gestion collective et aux autres parties intéressées de notifier aux autorités compétentes désignées à cet effet les activités ou les circonstances qui, selon eux, constituent une infraction aux dispositions de droit national adoptées conformément aux exigences prévues par la présente directive* », avec la possibilité de sanctions.

³⁵ AGUR: Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

³⁶ Rapport AGUR, p. 26.

³⁷ Rapport AGUR, p. 76.

³⁸ Rapport AGUR, p. 77.

V. L'extension de la surveillance sous l'angle des garanties constitutionnelles

Les droits des auteurs et des titulaires de droits voisins sont au bénéfice de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)³⁹. Il a déjà été souligné par la doctrine que les règles légales instituant une surveillance des tarifs représentent une atteinte relativement forte au droit exclusif de l'auteur, et que la garantie de la propriété justifie une certaine retenue de la part du législateur dans la délimitation de la surveillance des sociétés de gestion⁴⁰.

Le libre exercice d'une activité économique est couvert par la liberté économique (art. 27 Cst.)⁴¹, et il est également admis en doctrine que la surveillance exercée sur les sociétés de gestion constitue une forme d'atteinte à leur liberté économique⁴².

Ces garanties constitutionnelles ne sont pas absolues et peuvent être limitées pour des motifs d'intérêt public et moyennant respect des autres principes constitutionnels, en particulier l'égalité de traitement et le principe de la proportionnalité.

Le droit actuel contient déjà, à l'art. 40 al. 2 LDA, une clause de délégation permettant au Conseil fédéral d'étendre la surveillance à d'autres domaines, « *si l'intérêt public l'exige* ». A ce propos, la doctrine relève que « *l'exigence de l'intérêt public ne doit être admise que lorsqu'une commercialisation adéquate n'est plus possible. Un intérêt public prépondérant pourrait être admis lorsqu'un domaine de gestion déterminé est perturbé de manière sérieuse. Tel pourrait par exemple être le cas dans un nouveau domaine, lorsque la gestion ne peut plus être imposée et qu'il en résulte des désavantages pour les ayants droit et les utilisateurs* »⁴³.

³⁹ ATF 140 III 306 et les arrêts cités.

⁴⁰ Govoni/Stebler, p. 449/450, citant Riklin, in : 100 Jahre URG, p. 65. Même avis: Rehbindler/Vigano, URG, 3^{ème} éd., Art. 40 N 18.

⁴¹ ATF 134 I 214 : « *La liberté économique est garantie par l'art. 27 Cst., qui précise qu'elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Cette garantie protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (...)* ». Elle couvre toute « *activité à caractère lucratif, soit d'une activité par laquelle une personne, physique ou morale, participe, par l'engagement de sa force de travail et de son capital, aux échanges économiques, en vue de fournir des services ou de créer des produits, moyennant des contre-prestations* ». Même l'activité économique d'une association ou d'une coopérative sans but lucratif est couverte par la liberté économique (ATF 128 I 29 : « *Ora, il presupposto di un fine economico rientra nella nozione medesima di libertà economica e, come tale, è sempre preteso (...). Questa condizione va però relativizzata, nel senso che non necessariamente è richiesto, come obiettivo unico, il conseguimento di un utile o di un profitto (...): in questo quadro si può riconoscere uno scopo di lucro (in senso ampio), quando per il perseguimento di un fine ideale - come ad esempio per le attività culturali - si sfruttano risorse commerciali per coprire le spese di gestione, ossia si ricercano entrate economiche, necessarie per espletare la propria attività* »).

⁴² Govoni/Stebler, p. 450. Même avis: Rehbindler/Vigano, Art. 40 N 18.

⁴³ Fehlbaum, in : Propriété intellectuelle, Commentaire romand, Art. 40 N 23. Govoni/Stebler, p. 457: « *Der Bundesrat wird somit von seiner Ausdehnungskompetenz Gebrauch machen, wenn in einem bestimmten Verwertungsbereich ernsthafte Störungen auftreten, oder wenn sich die an sich notwendige kollektive Verwertung in einem neuen Nutzungsbereich im Rahmen der Privatautonomie nicht durchzusetzen vermag und den Rechtsinhabern sowie den Werknutzern durch schwerwiegende Nachteile zu entstehen drohen* ». Cf. ég. Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, 3^{ème} éd., Art. 40 N 12. Rehbindler/Vigano, Art. 40 N 18, pour qui « *Dem Erfordernis des öffentlichen Interesses ist daher höchste Bedeutung beizumessen; die Unterstellung ist nur mit äusserster Zurückhaltung (Botschaft 1989, 554) in Erwägung zu ziehen – d.h., nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz als ultima ratio* ».

Sous cet angle, il est manifeste que la condition de l'intérêt public ne serait pas remplie pour étendre la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion. Le rapport explicatif n'indique nullement – et pour cause – que tous les domaines de gestion seraient sérieusement perturbés.

Sous l'angle de la proportionnalité, on doit examiner s'il n'existe pas d'autres mesures que l'extension de la surveillance pour atteindre le but d'intérêt public recherché : « *s'il existe des moyens moins forts pour obtenir un résultat analogue, ou si l'autorité a le sentiment que les partenaires n'ont pas encore épuisé toutes les possibilités de trouver eux-mêmes un terrain d'entente, elle ne donnera pas suite à une demande d'extension du droit de la gestion collective. L'examen de la proportionnalité se fera tant pour la restriction apportée à la liberté des ayants droit que pour celle apportée à la liberté des utilisateurs* »⁴⁴.

Aucun des motifs avancés par le Conseil fédéral pour étendre la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion ne justifie une atteinte aussi substantielle aux biens et activités protégées par les garanties constitutionnelles précitées.

Tout d'abord, il est douteux qu'un souhait de la Délégation des finances, pour obtenir davantage de transparence, représente un intérêt public suffisant. Et si tel devait être le cas, d'autres mesures, moins incisives sous l'angle du principe de la proportionnalité, pourraient être prises là où l'activité des sociétés de gestion manquerait de « transparence ». A cet égard, on ne voit nullement, que ce soit dans le rapport explicatif, la doctrine ou le rapport de l'AGUR 12, en quoi précisément l'activité des sociétés de gestion manquerait de transparence. Le prétendu manque de transparence résulte bien plutôt d'un leitmotiv, sans que l'on sache quels seraient concrètement les activités pour lesquelles une surveillance accrue serait non seulement justifiée mais aussi nécessaire sous l'angle du principe de la proportionnalité.

Les éventuelles difficultés d'interprétation de l'art. 40 al. 1 litt. a LDA ne nécessitent pas non plus que l'on soumette à surveillance l'ensemble des activités de gestion. S'il existe des difficultés d'interprétation, il est possible d'adopter une mesure à la fois moins grave et propre à atteindre ce but : il suffit de clarifier le texte légal.

L'idée selon laquelle la surveillance serait une contrepartie de l'autorisation ne peut pallier l'absence d'intérêt public à étendre la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion. Le fait que l'Etat octroie une autorisation ne justifie d'ailleurs pas *eo ipso* une surveillance, et encore moins une surveillance des tarifs. Pour qu'il y ait une surveillance de l'Etat d'une activité économique de gestion de droits (couverte par l'art. 27 Cst.), qui sont eux-mêmes protégés par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), il faut que l'intérêt public l'exige, et que les mesures correspondantes respectent le principe de la proportionnalité.

S'il existe un besoin de protection accru du public pour que l'activité des banques, p.ex., soit soumise à autorisation et à surveillance, tel n'est pas le cas dans les domaines de la gestion collective où les sociétés ne sont pas en position monopolistique. En particulier, on ne voit guère quel intérêt public il y aurait à ce que les relations entre sociétés de gestion et diffuseurs de films, par exemple, soient soumises à surveillance, et à ce que les tarifs correspondants soient soumis à la Commission arbitrale. Il est même douteux que les diffuseurs de films

⁴⁴ Barrelet/Egloff, Art. 40 N 14. Cf. ég. Govoni/Stebler, p. 457.

souhaitent que les tarifs soient fixés par la Commission arbitrale : ils pourraient craindre que des tarifs ainsi adoptés soient plus élevés que ceux obtenus par la négociation.

On ne voit pas non plus quel intérêt public il pourrait y avoir à soumettre à surveillance la gestion des droits de reprographie pour les partitions de musique, des droits de synchronisation (dans le domaine musical), ainsi que la gestion des droits de diffusion de pièces radiophoniques ou de reproduction et de mise à disposition des œuvres des arts visuels, p.ex. Les utilisateurs concernés ne réclament d'ailleurs pas de telles mesures.

Quant à l'alignement sur les pays voisins, il n'est pas une fin d'intérêt public en soi. D'ailleurs, la réglementation en vigueur en Allemagne et en Autriche limite la surveillance de la gestion à la légalité (et ne l'étend pas à l'opportunité) et se borne à exiger, en ce qui concerne la répartition, qu'elle se fasse selon des règles définies et sans arbitraire. Quant aux tarifs, ils ne sont pas soumis à une procédure d'approbation et ne sont pas encadrés par des plafonds tels que ceux que l'on connaît en droit suisse à l'art. 60 LDA. Et en France, il n'existe pas de surveillance des tarifs, sauf dans le domaine des droits à rémunération.

Par ailleurs, on peut se demander si la surveillance des tarifs dans les domaines où les sociétés de gestion ne sont pas en situation de monopole ne créerait pas une distorsion de concurrence et une inégalité de traitement : p.ex., dans le domaine de la musique en ligne, SUISA n'est pas en position de monopole (il existe des sociétés étrangères qui offrent de la musique en ligne en gérant elles-mêmes leurs droits sur le territoire suisse) ; à l'heure actuelle, les tarifs de SUISA dans ce domaine ne sont pas soumis à surveillance ; mais s'ils devaient l'être à l'avenir, SUISA serait obligée de faire approuver ses tarifs et de respecter les règles de l'art. 60 LDA, tandis que les sociétés étrangères actives sur le même marché ne le seraient pas.

VI. L'extension de la surveillance sous l'angle de la Convention de Berne

La surveillance des tarifs a suscité la question de sa compatibilité avec la Convention de Berne. Troller⁴⁵ avait déjà fait valoir que l'examen des tarifs des sociétés de gestion par des organes juridictionnels portait fondamentalement atteinte à la liberté de disposition de l'auteur : celui qui offre un bien sur le marché est normalement libre d'en fixer le prix ; par conséquent, un contrôle ne se justifie que si des abus sont à craindre en relation avec une position de monopole.

C'est toujours cette argumentation qui est avancée pour justifier une surveillance des tarifs, notamment au regard de la Convention de Berne : lorsqu'il existe une situation de monopole, qu'elle soit de droit ou de fait, la concurrence ne peut par définition jouer son rôle. La surveillance des tarifs doit donc contrebalancer l'absence de concurrence qui résulte d'un monopole de fait ou de droit⁴⁶.

⁴⁵ Alois Troller, *Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen*, Band 17 der Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Berlin/Frankfurt 1960, 128 s, cité par Marbach/Riva, *Zur sogenannten 10-Prozent Regel im Urheberrecht*, in: *Die Verwertung von Urheberrechten in Europa*, p. 85.

⁴⁶ Marbach/Riva, *Zur sogenannten 10-Prozent Regel im Urheberrecht*, in: *Die Verwertung von Urheberrechten in Europa*, p. 86 ss: „*Es ist davon auszugehen, dass die RBÜ den Urheber insoweit schützt, als sich staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit direkt gegen das Urheberrecht richten, nicht*

C'est sur la base de ces réflexions que la délimitation de la surveillance des sociétés de gestion a été élaborée en droit actuel. En ce qui concerne les droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres, SUISA est dans une situation de monopole de fait, et c'est pourquoi la gestion collective de ces droits est soumise à surveillance par l'art. 40 al. 1 litt. a LDA. Il en va de même pour les droits soumis à la gestion collective obligatoire et les droits à rémunération : les ayants droit ne peuvent gérer individuellement leurs droits (puisqu'ils sont obligés de par la loi à recourir à la gestion collective, et que les droits à rémunération ne peuvent de par la loi être exercés que par une société de gestion agréée) et les utilisateurs doivent s'adresser à une société de gestion, qui est alors en position de monopole.

En revanche, lorsqu'il n'existe ni monopole, ni risque sérieux d'abus, la surveillance des tarifs ne se justifie pas.

VII. Conclusions

Aucun des motifs avancés par le Conseil fédéral ne justifie une extension de la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion.

Les règles légales instituant une surveillance des tarifs portent atteinte au droit exclusif de l'auteur, lequel est protégé par la garantie constitutionnelle de la propriété. En outre, la surveillance des sociétés de gestion constitue une forme d'atteinte à leur liberté économique. Par conséquent, une extension de la surveillance telle que préconisée par le projet devrait correspondre à un but d'intérêt public et se justifier au regard du principe de la proportionnalité.

Ni l'optimisation de la transparence ni d'éventuelles difficultés d'interprétation de l'art. 40 al. 1 litt. a LDA ne peuvent justifier une telle extension de la surveillance, et l'idée selon laquelle la surveillance serait une contrepartie de l'autorisation ne peut pallier l'absence d'intérêt public à étendre la surveillance à toutes les activités des sociétés de gestion.

En particulier, on ne voit guère quel serait l'intérêt public à réglementer les relations entre sociétés de gestion et diffuseurs de films, par exemple, et à ce que les tarifs correspondants soient soumis à la Commission arbitrale. On ne voit pas non plus quel intérêt public il pourrait y avoir à soumettre à surveillance la gestion des droits de reprographie pour les partitions de musique, des droits de synchronisation (dans le domaine musical), ainsi que la gestion des droits de diffusion de pièces radiophoniques, p.ex. Les utilisateurs concernés ne réclament d'ailleurs pas de telles mesures.

jedoch insoweit, als der staatliche Eingriff in die Vertragsfreiheit das Urheberrecht indirekt beschränkt, indem er das durch die rechtliche oder faktische Monopolbildung gestörte Gleichgewicht zwischen den Parteien auszugleichen sucht". Cf. également Fehlbaum, Art. 40 N 3; Govoni/Stebler, p. 447 („Es soll einerseits einen einfachen und reibungslosen Rechtsverkehr im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung gewährleisten, was erfahrungsgemäss monopolistische Strukturen voraussetzt, und es soll andererseits sowohl den Nutzern als auch den Rechteinhabern vor Missbräuchen der monopolartigen Stellung der Verwertungsgesellschaften Schutz bieten“); même avis chez Brem/Salvadé/Wild, in: Urheberrechtsgesetz, Stämpfli Handkommentar, 2^{ème} éd., Vorbem. Zu Art. 40-60 N 2.

Par ailleurs, l'alignement sur les pays voisins n'est pas en soi une fin d'intérêt public. D'ailleurs, la situation à l'étranger n'est nullement comparable à celle qui résulte du projet, qui va beaucoup plus loin.

Enfin, la surveillance des tarifs dans les domaines où les sociétés de gestion ne sont pas en situation de monopole pourrait créer une distorsion de concurrence et une inégalité de traitement par rapport à des sociétés étrangères qui gèrent des droits sur territoire suisse dans ces domaines (musique en ligne, en particulier).

La surveillance des tarifs doit contrebalancer l'absence de concurrence qui résulte d'un monopole de fait ou de droit. C'est sur cette base que la délimitation de la surveillance des sociétés de gestion a été élaborée en droit actuel. En revanche, lorsqu'il n'existe ni monopole, ni risque sérieux d'abus, la surveillance des tarifs ne se justifie pas.

Lausanne, le 15 janvier 2016



Ivan Cherpillod, avocat,

Prof. associé, Université de Lausanne