

## Zur Diskussion / À discuter

### Droit d'auteur: la liberté économique implique-t-elle vraiment l'épuisement international du droit de distribution?

VINCENT SALVADÉ\*

*La constitutionnalité des importations parallèles est un sujet d'actualité. La doctrine, et dans une certaine mesure la jurisprudence, ont parfois soutenu qu'une prohibition de telles importations heurterait la liberté économique. Cependant, cet article démontre que le législateur, lorsqu'il traite du statut des importations parallèles en droit d'auteur, est libre de ses choix politiques et pourrait instaurer le principe de l'épuisement national sans que cela n'enfreigne la Constitution fédérale.*

*Die Verfassungsmässigkeit von Parallelimporten ist ein aktuelles Thema. Die Lehre und in einem bestimmten Masse auch die Rechtsprechung haben ein paar Mal vertreten, dass das Verbot von solchen Importen die Wirtschaftsfreiheit verletzen würde. Dieser Beitrag zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber, wenn er Parallelimporte im Urheberrecht regelt, in seiner politischen Wahl frei ist und das Prinzip der nationalen Erschöpfung vorsehen könnte, ohne dass dies die Bundesverfassung verletzen würde.*

#### I. Introduction

#### II. Notions de base

1. La liberté économique en tant que droit fondamental et en tant que principe de l'ordre économique
2. La garantie de la propriété
3. La liberté personnelle en tant que fondement du droit d'auteur?

#### III. La pesée des intérêts

1. Introduction
2. Les droits fondamentaux limitant le droit d'auteur
3. Conclusion

#### IV. La méthode à utiliser

1. Généralités
2. Respect de l'art. 36 Cst et de l'égalité entre concurrents directs
3. Le principe de la liberté économique

#### V. Conclusion

#### Résumé / Zusammenfassung

#### I. Introduction

L'épuisement international du droit de distribution, dans le domaine de la propriété intellectuelle, est fréquemment justifié par la liberté économique: celle-ci empêcherait le titulaire du droit de s'opposer aux importations parallèles d'exemplaires matériels contenant le bien protégé<sup>1</sup>. En particulier, cette opinion a été soutenue en rapport avec l'art 12 al. 1bis LDA, dans sa version entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> août 2002<sup>2</sup>: cette disposition, rappelons-le, introduisait le principe de l'épuisement national pour les œuvres audiovisuelles, dans le but de protéger le système dit des «fenêtres d'exploitation»; il convenait de ne pas menacer la diffusion d'un film en salles de cinéma par l'importation de

<sup>1</sup> Voir par exemple: R. Zäch, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht. Anton Heini zum 65. Geburtstag, in: RSJ 91 (1995), 305 ss.

<sup>2</sup> F. Lerch / S. Vogel, Zulässigkeit des Imports audiovisueller Werkexemplare im Lichte der Wirtschaftsverfassung. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem neuen Art. 12 Abs. 1bis URG und der vom Ständerat beabsichtigten Nachfolgeregelung, sic! 2003, 414 ss.

vidéocassettes ou de DVD destinés à d'autres pays que la Suisse, cela pour favoriser la diversité culturelle<sup>3</sup>.

Mais cette prédominance accordée à la liberté économique est-elle justifiée? Le droit d'auteur est un droit de l'homme<sup>4</sup>, il repose aussi sur des droits fondamentaux<sup>5</sup>. Dès lors, pourquoi accorder la priorité à cet autre droit fondamental qu'est la liberté économique?

Dans un premier temps, il est utile d'examiner plus avant les notions en jeu.

## II. Notions de base

### 1. La liberté économique en tant que droit fondamental et en tant que principe de l'ordre économique

D'après l'art. 27 al. 1 Cst, la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité lucrative privée et son libre exercice<sup>6</sup>. La notion d'activité lucrative privée doit être comprise dans un sens large et vise l'activité des créateurs de valeurs, des producteurs et des distributeurs<sup>7</sup>. Ainsi, la liberté économique est un droit fondamental reconnu par la Constitution fédérale<sup>8</sup>. Comme toute autre prérogative de ce type, elle peut être restreinte, mais aux conditions de l'art. 36 Cst: doivent être respectées les exigences d'une base légale, d'un intérêt public ou de la protection d'un autre droit fondamental, de même que celle de la proportionnalité. En outre, l'essence de la liberté, son noyau, est inviolable<sup>9</sup>.

La liberté économique s'impose également à la Confédération et aux cantons en tant que principe de l'ordre économique selon l'art. 94 Cst. Comme tel, elle garantit une concurrence libre, c'est-à-dire sans intervention étatique<sup>10</sup>, et prohibe les mesures tendant à diriger l'activité économique selon un certain plan<sup>11</sup>. Des dérogations au principe ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons<sup>12</sup>.

Alors que l'art. 27 Cst consacre la liberté économique comme liberté individuelle, l'art. 94 Cst concrétise sa fonction institutionnelle<sup>13</sup>. Les deux dispositions traitent ainsi de différents aspects d'une même liberté. Cela a notamment pour conséquence que les restrictions à ladite liberté doivent non seulement respecter les conditions de l'art. 36 Cst, mais aussi être conformes à l'égalité entre concurrents directs, c'est-à-dire entre acteurs économiques appartenant à la même branche et s'adressant au même public, avec les mêmes offres, pour satisfaire les mêmes besoins<sup>14</sup>. Des exceptions au principe de l'égalité entre concurrents directs ne seront possibles qu'en présence de raisons sérieuses et particulièrement importantes<sup>15</sup>.

### 2. La garantie de la propriété

Quant à elle, la garantie de la propriété est un droit fondamental découlant de l'art. 26 Cst. Il s'agit d'un pilier du système économique libéral, basé sur le marché et la concurrence, puisqu'elle permet aux particuliers d'acquérir et de jouir de prétentions exclusives sur des biens et sur des droits<sup>16</sup>. Elle

<sup>3</sup> Rapport explicatif au sujet du projet de la commission Moor, 24.

<sup>4</sup> Art. 27 al. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur».

<sup>5</sup> Voir ch. II et III infra.

<sup>6</sup> Art. 27 al. 2 Cst.

<sup>7</sup> J.-F. Aubert / P. Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich / Bâle / Genève 2003, Cst 27 N 8.

<sup>8</sup> Voir l'intitulé du chapitre premier (titre 2), dont l'art. 27 fait partie.

<sup>9</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 27 N 12.

<sup>10</sup> R. Rhinow / G. Biaggini / G. Schmid, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle/ Francfort 1998, § 4 N 52.

<sup>11</sup> Aubert / Mahon (n. 7) Cst 27 N 10.

<sup>12</sup> Art. 94 al. 4 Cst.

<sup>13</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 27 N 4.

<sup>14</sup> Sur ces questions, voir Aubert / Mahon (n. 7), Cst 27 N 17.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 26 N 3.

fonde également la protection découlant du droit d'auteur<sup>17</sup>. La Constitution, cependant, ne garantit pas la propriété de manière absolue: celle-ci, dans une large mesure, doit être concrétisée par le législateur<sup>18</sup>.

De même que la liberté économique, la garantie de la propriété a une fonction individuelle, en ce qu'elle sauvegarde les droits patrimoniaux concrets de chaque individu, et une fonction institutionnelle, qui protège la propriété contre les atteintes du législateur<sup>19</sup>.

Selon certains, la garantie de l'art. 26 Cst serait une norme constitutionnelle de rang inférieur par rapport à la liberté économique<sup>20</sup>. Elle serait plus fragile que d'autres garanties<sup>21</sup>, puisqu'il s'agit du seul droit fondamental dont l'essence peut être transférée par un acte de volonté (cession de la propriété par vente, donation, etc.). Pour pertinente que soit cette remarque, on signalera cependant que rien, dans la systématique de la Constitution fédérale, ne vient confirmer un rapport de subordination: les art. 26 et 27 sont placés l'un après l'autre, sans qu'il en résulte un ordre de priorité. De plus, le Tribunal fédéral, en présence d'un concours de droits fondamentaux, tranche désormais le conflit au cas par cas sans les hiérarchiser a priori. Il considère que les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non pas subordonnées<sup>22</sup>. «La solution correcte d'un problème relevant des droits fondamentaux suppose que tous les aspects pertinents sous l'angle de ces droits soient confrontés avec les intérêts opposés. Renoncer prématurément à prendre en considération des aspects spécifiques d'un droit déterminé eu égard à la prédominance d'un autre risque d'entraîner un amoindrissement de la protection des droits fondamentaux»<sup>23</sup>.

### 3. La liberté personnelle en tant que fondement du droit d'auteur?

Si la garantie de la propriété est apte à justifier les droits patrimoniaux de l'auteur, il est plus difficile de le concevoir s'agissant de ses droits moraux, tels celui d'être cité comme auteur<sup>24</sup> ou de s'opposer aux altérations de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité<sup>25</sup>. Certains ont donc invoqué la liberté personnelle comme fondement des droits moraux<sup>26</sup>. Est-ce à dire que le droit d'auteur a une base constitutionnelle double, qu'il découle à la fois de la liberté personnelle et de la garantie de la propriété? Il sort de notre propos de trancher cette question pour les droits moraux, le droit de distribution n'en étant pas un. Mais, s'agissant des droits patrimoniaux, il faut à notre avis répondre affirmativement. Ces derniers, comme les droits moraux, n'existent qu'en raison d'un acte de création émanant de l'auteur en tant que personne. Si l'œuvre n'a pas de caractère individuel, elle n'est pas protégée<sup>27</sup>. La liberté personnelle fonde donc aussi les droits patrimoniaux, parallèlement à la garantie de la propriété<sup>28</sup>.

Liberté économique, garantie de la propriété, liberté personnelle: autant de droits fondamentaux qui peuvent entrer en conflit. En règle générale, il appartiendra au législateur de résoudre le problème<sup>29</sup>. Pour ce faire, il devra peser tous les intérêts en présence<sup>30</sup>.

<sup>17</sup> F. Dessementet, Einführung: Immaterialgüterrecht und Privatrecht, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, I/1, Bâle / Francfort 1995, 17. ATF 120 Ia 120, 121; Aubert / Mahon (n. 7), Cst 26 N 8; U. Häfelin / W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5ème éd., Zurich 2001, n. 597.

<sup>18</sup> U. Häfelin / G. Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., Zurich 2002, n. 2042.

<sup>19</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 26 N 3. La garantie de la propriété a encore une fonction compensatrice qui confère au propriétaire le droit à une pleine indemnité en cas d'expropriation ou d'actes équivalents: art. 26 al. 2 Cst.

<sup>20</sup> Häfelin / Müller (n. 18), n. 2042; Lerch / Vogel (n. 2), 418.

<sup>21</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 26 N 5.

<sup>22</sup> RDAF 1983, 179 ss (200).

<sup>23</sup> J. P. Müller, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux (Trad. M. Hottelier / L. Mader / M. Rossinelli), Berne 1983, 164.

<sup>24</sup> Art. 9 al. 1 LDA.

<sup>25</sup> Art. 11 al. 2 LDA.

<sup>26</sup> D. Barrelet / W. Egloff, Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 2ème éd., Berne 2000, titre et préambule LDA N 9.

<sup>27</sup> Cf. art. 2 al. 1 LDA.

<sup>28</sup> Contra: F. Dessementet, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, n. 13 ss.

<sup>29</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 36 N 12.

<sup>30</sup> Sous l'ancienne Constitution fédérale, on admettait qu'une restriction à un droit fondamental était nécessairement le résultat d'une pesée d'intérêts: Müller (n. 23), 166. Aujourd'hui le problème est régi par l'art. 36 Cst, mais une pesée des intérêts est toujours nécessaire lorsque deux droits fondamentaux sont en conflit.

### III. La pesée des intérêts

#### 1. Introduction

Le Tribunal fédéral lui-même a considéré que la liberté économique parlait pour une interprétation de l'art. 12 al. 1 LDA allant dans le sens de l'épuisement international<sup>31</sup>. Dans le domaine des marques, il est même allé jusqu'à affirmer qu'une prohibition absolue des importations parallèles apparaîtrait comme une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (aujourd'hui la liberté économique)<sup>32</sup>. Cela ne doit cependant pas occulter l'essentiel: l'instauration d'un droit de propriété intellectuelle exclusif restreint nécessairement la liberté économique des utilisateurs du bien protégé<sup>33</sup>. Si un producteur de disques, par exemple, doit demander une autorisation à l'auteur des œuvres qu'il veut reproduire, cela constitue bien un obstacle dans son activité commerciale.

Dans le domaine qui nous occupe, il est donc faux de voir une prédominance de principe de la liberté économique. Au contraire, la garantie de la propriété et la liberté personnelle, normalement, l'emporteront. D'un point de vue dogmatique, on ne peut en tout cas rien déduire de la valeur prétendument inférieure de l'art. 26 Cst par rapport à l'art. 27 Cst. Si cette fragilité était reconnue de manière générale, cela conduirait à une négation pure et simple des droits de propriété intellectuelle.

Il est clair cependant que le droit d'auteur entre parfois en conflit avec d'autres intérêts juridiquement protégés. Dans certaines situations, des droits fondamentaux prennent le pas sur lui.

#### 2. Les droits fondamentaux limitant le droit d'auteur

Tel pourra être le cas s'agissant de la liberté d'expression (l'une des composantes de la liberté d'opinion<sup>34</sup>) qui fonde l'exception de parodie au sens de l'art. 11 al. 3 LDA<sup>35</sup>. D'après cette disposition l'utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite. A notre avis, la liberté d'expression peut aussi, dans certaines situations du moins, justifier le droit de citation prévu par l'art. 25 LDA lequel a pour but de favoriser le débat d'idées et de stimuler la communication sociale<sup>36</sup>.

Parfois, ce sera la liberté de l'art<sup>37</sup> qui l'emportera sur le droit d'auteur: un tribunal allemand a jugé que celle-ci donnait aux organisateurs d'une exposition le choix de la présentation des toiles. Même si cette présentation est désavantageuse pour l'auteur, son droit moral n'est pas violé<sup>38</sup>. La liberté de l'art justifiera aussi, dans certains cas, le droit de citation et la liberté de parodie<sup>39</sup>.

Quant à la liberté d'information<sup>40</sup>, elle est à la base de l'art. 28 LDA<sup>41</sup>, disposition qui permet l'utilisation, pour des comptes rendus d'actualité, d'œuvres vues ou entendues lors de l'événement présenté, et qui autorise la reprise de courts extraits d'articles de presse et de reportages à des fins d'information sur des questions d'actualité.

De même la liberté personnelle fonde l'art. 27 LDA<sup>42</sup>; d'elle découle la «liberté du panorama», qui justifie un amoindrissement des droits sur les œuvres se trouvant en des endroits accessibles au public: puisqu'elles font partie du paysage, elles relèvent en quelque sorte du patrimoine de chacun. On peut d'ailleurs se demander si la liberté personnelle n'est pas la raison de l'exception d'usage

<sup>31</sup> Arrêt «Nintendo», ATF 124 III 331= JdT 1999 I 423. Pour une appréciation critique, voir I. Cherpillod, sic! 1998, 576, note sur Donkey Kong Land = «Nintendo».

<sup>32</sup> Arrêt «Chanel», 122 III 480.

<sup>33</sup> Dans ce sens: I. Cherpillod, sic! 1997, 92, remarque sur «Chanel I».

<sup>34</sup> Art. 16 al. 2 Cst.

<sup>35</sup> E. Hefti, Die Parodie im Urheberrecht, Zurich 1975, 114; J. De Werra, Le droit à l'intégrité de l'œuvre. Etude du droit suisse dans une perspective de droit comparé, Lausanne 1997, 151; Barrelet / Egloff (n. 26), LDA 16 N 16. Sur l'exception de parodie, voir V. Salvadé, L'exception de parodie ou les limites d'une liberté, medalex 2/98, 92 ss.

<sup>36</sup> Barrelet / Egloff (n. 26) LDA 25 N 1.

<sup>37</sup> Elle est désormais expressément consacrée par la nouvelle Constitution fédérale: art. 21 Cst.

<sup>38</sup> Voir Art-Law Centre News N° 3, mars 2000, 3 ss.

<sup>39</sup> J. De Werra, Liberté de l'art et droit d'auteur, medalex 3/01, 147-149.

<sup>40</sup> Art. 16 Cst.

<sup>41</sup> Barrelet / Egloff (n. 26), LDA 28 N 4.

<sup>42</sup> Barrelet / Egloff (n. 26), LDA 27 N 1.

privé au sens de l'art. 19 LDA. Si une telle conception a pu être soutenue dans certains pays<sup>43</sup>, elle doit à notre avis clairement être rejetée en Suisse: le public n'a pas un droit à l'exception d'usage privé; il s'agit d'une simple tolérance fondée sur le caractère incontrôlable de l'utilisation<sup>44</sup>. «Le droit d'auteur s'efface parce que de toute façon il ne pourrait être respecté [...]. Plutôt que de poser un principe [...] qui resterait ineffectif, mieux vaut fermer les yeux sur cette situation»<sup>45</sup>. Ce sont donc plutôt des raisons pratiques qui justifient l'exception d'usage privé, et non des raisons constitutionnelles.

En revanche, le fondement du principe de l'épuisement selon l'art. 12 LDA réside bien dans un droit fondamental: cette disposition a pour fonction de régler les relations entre l'auteur et le propriétaire de l'exemplaire matériel contenant l'œuvre<sup>46</sup>. Contrairement à ce que l'on imagine parfois, le principe de l'épuisement n'a pas pour but d'assurer la libre circulation des marchandises<sup>47</sup>. La liberté économique n'est ainsi nullement à la base de l'art. 12 LDA. C'est la garantie de la propriété qui en est à l'origine. En quelque sorte, celle-ci marque ses propres limites: le droit de propriété intellectuelle entre en conflit avec le droit de propriété matérielle.

### 3. Conclusion

A considérer les limites constitutionnelles du droit d'auteur, on remarque qu'elles sont dues le plus souvent à des droits fondamentaux ayant une valeur idéale: liberté d'expression, de l'art, de l'information ou liberté personnelle. Si l'on considère que le fondement du droit d'auteur est la garantie de la propriété, cela n'est finalement guère étonnant: celle-ci a une nature économique et l'on peut être tenté de limiter la propriété intellectuelle par des valeurs moins matérielles, pour certaines d'ailleurs privilégiées par la jurisprudence – à tort ou à raison – en tant que droits «inaliénables et imprescriptibles»<sup>48</sup>. Et si l'on estime avec nous que la liberté personnelle fonde aussi les droits patrimoniaux, il est tentant de ne limiter ces derniers que par des normes de même nature.

Mais cette constatation n'a pas valeur de principe absolu: comme on l'a vu, les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non subordonnées<sup>49</sup>. D'autre part, puisque la garantie de la propriété implique le principe de l'épuisement, on doit bien admettre que le droit d'auteur peut aussi être limité par des droits constitutionnels à caractère économique. Il n'y a donc aucune objection de principe à ce que la liberté économique restreigne les prérogatives nées de la propriété intellectuelle. Pour autant, nous verrons ci-dessous que l'art. 27 Cst ne conduit pas automatiquement à l'épuisement international.

## IV. La méthode à utiliser

### 1. Généralités

Lorsqu'il est amené à faire un choix entre deux droits fondamentaux, le législateur restreint nécessairement une liberté constitutionnelle pour en faire prévaloir une autre. Il doit donc respecter l'art. 36 Cst: il ne sera autorisé à procéder à la restriction que si les exigences relatives à la base légale, à la proportionnalité et au respect de l'essence sont réalisées. En revanche, la problématique liée à l'existence d'un intérêt public nous semble d'importance secondaire: d'après l'art. 36 al. 2 Cst la restriction doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. Par conséquent, si le législateur décide de faire prévaloir l'un de ces droits sur un autre, il est superflu

<sup>43</sup> P. B. Hugenholtz, Home copying, in: *The Boundaries Of Copyright / Les Frontières du Droit d'Auteur*, Journées d'Etudes de l'ALAI, 14-17 septembre 1998, Cambridge, Sydney 1999, 107.

<sup>44</sup> En ce qui concerne l'art. 19 al. 1 let. c LDA, le Conseil fédéral le justifie en ces termes: «...la pratique actuelle de la photocopie contrevient au droit exclusif de reproduire l'œuvre et [...] par conséquent de nombreux utilisateurs agissent dans l'illégalité. Le Tribunal fédéral a insisté dans ce contexte sur la nécessité de régler la question dans une loi et a attiré l'attention sur la possibilité d'introduire une licence légale» Message, FF 1989 III 522. Voir aussi Barrelet / Egloff (n. 26), LDA 19 N 5.

<sup>45</sup> P. Sirinelli, Rapport de synthèse, in: *The Boundaries Of Copyright / Les Frontières du Droit d'Auteur* (n. 43), 137.

<sup>46</sup> L'art. 12 LDA figure dans la section 2 du chap. 3 LDA intitulée «relations entre l'auteur et le propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre».

<sup>47</sup> V. Salvadé, Les conditions d'épuisement du droit de distribution conféré à l'auteur, sic! 2001, 796.

<sup>48</sup> Müller (n. 23), 167.

<sup>49</sup> Voir ch. III supra.

de se demander s'il existe un intérêt public; ou plutôt, il y aura forcément un tel intérêt, puisque le souci des droits fondamentaux d'autrui en est un aspect<sup>50</sup>. Au surplus, il revient (en tout cas partiellement) au législateur de déterminer ce qu'est l'intérêt public<sup>51</sup> et il peut le faire en choisissant de faire prédominer une liberté constitutionnelle par rapport à une autre.

Si le législateur entend prendre une mesure restreignant la liberté économique, il doit donc respecter l'art. 36 Cst. Mais en plus, comme nous l'avons vu ci-dessus, il doit veiller à l'égalité entre concurrents directs<sup>52</sup> et il ne peut déroger au principe de la liberté économique que si la Constitution elle-même le prévoit (art. 94 al. 4 Cst).

## 2. Respect de l'art. 36 Cst et de l'égalité entre concurrents directs

Si l'épuisement national était introduit dans la loi sur le droit d'auteur, l'exigence de la base légale serait respectée. On serait même en présence d'une loi au sens formel, justifiant l'atteinte à la liberté économique.

Pareillement, l'essence de cette liberté<sup>53</sup> ne serait pas violée. En la matière, il est en effet douteux que l'art. 36 al. 4 Cst ait une portée différente de l'art. 94 Cst (interdiction de déroger au principe de la liberté économique) ou du respect de l'égalité entre concurrents directs<sup>54</sup>. Et même si tel était le cas, on ne voit pas que l'épuisement national puisse porter atteinte au «noyau» d'un droit fondamental, puisqu'il est toléré par le Tribunal fédéral dans le domaine des brevets<sup>55</sup>. De toute manière, les exemples donnés par la doctrine de ce qui pourrait être une violation de l'essence de la liberté économique sont très éloignés des restrictions à l'importation: on cite les atteintes à des aspects élémentaires concernant le libre choix de la profession<sup>56</sup> ou des mesures touchant la liberté contractuelle<sup>57</sup>.

Le principe de la proportionnalité pose des questions plus délicates. Lerch et Vogel ont estimé que l'art. 12 al. 1bis LDA, dans sa version entrée en vigueur le 1er août 2002, n'était pas conforme à ce principe<sup>58</sup>. Nous pouvons comprendre ce point de vue, dans la mesure où le but de l'art. 12 al. 1bis LDA était de protéger le système des fenêtres d'exploitation. En effet, il existe certainement des moyens moins «radicaux» que l'épuisement national pour atteindre ce but. Cela a d'ailleurs été démontré par la suite, puisque les Chambres, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels, ont donné une nouvelle teneur à la disposition, qui n'a dès lors plus fait référence à l'épuisement national<sup>59</sup>. Il n'en demeure pas moins que la proportionnalité d'une mesure se détermine justement par rapport au but visé<sup>60</sup>. Par conséquent, si le législateur voulait renforcer le droit de distribution conféré à l'auteur, par exemple pour éviter que les créateurs en Suisse ne soient défavorisés par rapport à ceux de l'Union européenne (qui peuvent s'opposer aux importations parallèles de produits provenant d'un pays non-membre<sup>61</sup>), nul doute que l'épuisement national serait une mesure proportionnée au but à atteindre. Les intérêts de l'auteur peuvent donc primer les impératifs de la libre économie, si le législateur en fait le choix. Encore une fois, nous nous élevons contre la prétendue valeur inférieure reconnue à la garantie de la propriété<sup>62</sup>: le parlement est libre de ses options politiques lorsqu'il s'agit

<sup>50</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 36 N 12; message, FF 1997 I 197.

<sup>51</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 36 N 13.

<sup>52</sup> Ch. II supra.

<sup>53</sup> Au sens de l'art. 36 al. 4 Cst.

<sup>54</sup> Aubert / Mahon (n. 7), Cst 27 N 16.

<sup>55</sup> ATF 126 III 129 = JdT 2000 I 529 ss.

<sup>56</sup> G. Biaggini, § 49 Wirtschaftsfreiheit, in: D. Thurer / J.-F. Aubert / J. P. Müller (Ed.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, N 16, 785.

<sup>57</sup> J. P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Berne 1999, 667-668.

<sup>58</sup> Lerch / Vogel (n. 2), 418.

<sup>59</sup> La modification du 20 juin 2003 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence donne à l'art. 12 al. 1bis LDA la teneur suivante: «Les exemplaires d'une œuvre audiovisuelle ne peuvent être revendus ou loués qu'à partir du moment où l'exercice du droit de représentation de l'auteur n'en est plus entravé (art. 10, al. 2, let. c)» (cf. FF 2003, 4065).

<sup>60</sup> Art. 36 al. 3 Cst.

<sup>61</sup> L'Union européenne, dans le domaine du droit d'auteur, connaît le principe de l'épuisement régional: voir art. 4 ch. 2 de la Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

<sup>62</sup> C'est bien cette valeur inférieure que l'on invoque lorsqu'on estime que l'épuisement national ne respecte pas le principe de la proportionnalité: Lerch/Vogel (n. 2), 418.

de coordonner les droits fondamentaux. Et de surcroît, comme nous l'avons vu, le droit d'auteur découle aussi de la liberté personnelle, qui n'est en tout cas pas moins importante que la liberté économique.

Quant au principe de l'égalité entre concurrents directs, on peut songer à l'invoquer contre l'art. 12 al. 1bis LDA: en protégeant le système des fenêtres d'exploitation, on favorise les salles de cinéma par rapport aux importateurs de DVD ou de vidéocassettes<sup>63</sup>; or, il n'est certainement pas faux de considérer ces deux types d'intervenants comme des concurrents directs: ils appartiennent tous deux à la branche audiovisuelle et s'adressent au même public pour satisfaire les mêmes besoins, savoir l'accès aux œuvres cinématographiques<sup>64</sup>. Mais il ne faut pas se laisser aveugler par la fonction «atypique» de l'art. 12 al. 1bis LDA. En règle générale, la reconnaissance d'un droit d'auteur n'est pas une mesure sauvegardant un système d'exploitation de la propriété intellectuelle. Elle a uniquement pour but de fortifier la position de l'auteur par rapport à celles des personnes utilisant sa création. Or ces utilisateurs ne sont pas des concurrents directs de l'auteur: ce dernier crée une œuvre; les premiers l'exploitent, c'est-à-dire mettent le créateur en relation avec son public. Il y a entre les deux un rapport de complémentarité et non de concurrence. Le droit d'auteur n'intervient qu'indirectement dans les rapports entre exploitants de l'œuvre. Et, à cet égard, peut-on raisonnablement soutenir que l'égalité entre concurrents directs est violée si l'on assujettit les importateurs de DVD ou vidéocassettes au droit d'auteur, alors que les salles de cinéma le sont aussi? Dans ce cas, l'épuisement national a plutôt pour effet de rétablir l'égalité que de la violer. Pareillement, il mettra les importateurs au même niveau que les producteurs de supports, lesquels doivent évidemment requérir des autorisations avant de fabriquer leurs produits.

Il nous semble en conclusion que l'épuisement national du droit de distribution n'est pas une mesure violant le principe de l'égalité entre concurrents directs.

### 3. Le principe de la liberté économique

Reste encore à examiner les rapports entre l'épuisement national et l'art. 94 Cst. Cette disposition, rappelons-le, garantit la libre concurrence et prohibe les mesures tendant à diriger l'activité économique selon un certain plan<sup>65</sup>. En d'autres termes, elle empêche toute forme de protectionnisme, sauf si il est prévu par la Constitution fédérale ou fondé sur les droits régaliens des cantons<sup>66</sup>.

Préalablement, on doit relever que l'instauration de la propriété littéraire et artistique, comme de la propriété intellectuelle en général, est une sorte de protectionnisme: par elle, on favorise les créateurs et on renforce leur position vis-à-vis des utilisateurs d'œuvres. Cette atteinte au libéralisme économique est justifiée par la compétence de la Confédération d'édicter la législation en matière de droit civil. On admet en effet qu'il existe des autorisations implicites de déroger au principe de la liberté économique, notamment celles découlant de textes constitutionnels disposant que la législation en un certain domaine «relève de la compétence de la Confédération»<sup>67</sup>. En l'occurrence, l'art. 122 Cst vaut donc autorisation de dérogation au sens de l'art. 94 al. 4 Cst. A défaut, un bon nombre de droits privés exclusifs et absolus seraient susceptibles d'être remis en cause au nom du libéralisme économique. On voit donc qu'une extension du droit de distribution, par la reconnaissance de l'épuisement national, aurait une base constitutionnelle suffisante même si elle entraînerait nécessairement un amenuisement du principe de la liberté économique. A cet égard, on ne voit pas pourquoi le droit de distribution devrait être traité différemment de toute autre prérogative attribuée à l'auteur et renforçant la position de ce dernier. Mais nous admettons avec Lerch et Vogel qu'instaurer l'épuisement national pour les seules œuvres audiovisuelles, comme l'a fait l'art. 12 al. 1bis LDA en 2002, ne se justifie pas: sous l'angle de l'art. 122 Cst, il n'y a aucune raison d'opérer des distinctions en fonction du type d'œuvre concernée<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Cf. Lerch / Vogel (n. 2), 419.

<sup>64</sup> Sur la notion de concurrents directs: voir ch. II supra.

<sup>65</sup> Voir ch. II supra.

<sup>66</sup> Art. 94 al. 4 Cst.

<sup>67</sup> Art. 122 Cst. Cf. sur cette question: Aubert / Mahon (n. 7), 94 Cst N 21. Lerch / Vogel, quant à eux, estiment que l'art. 122 Cst ne pouvait pas légitimer l'art. 12 al. 1bis LDA dans sa version entrée en vigueur au 1er août 2002: Lerch / Vogel (n. 2), 419-420.

<sup>68</sup> Lerch / Vogel (n. 2), 420.

Au surplus, on insistera sur le fait que l'Union européenne (qui, par essence, prône l'économie de marché) a consacré non pas le principe de l'épuisement international, mais celui de l'épuisement régional. Les titulaires de droits peuvent donc s'opposer à l'importation parallèle de produits provenant de pays non-membres de l'Union européenne<sup>69</sup>. Ainsi, il est faux de considérer que les fondements d'un ordre économique libéral impliqueraient nécessairement l'épuisement international.

## V. Conclusion

Le législateur doit respecter la Constitution. Cela est d'autant plus important que la constitutionnalité des lois fédérales n'est pas contrôlée par le Tribunal fédéral<sup>70</sup>. Le parlement en est donc seul garant.

Les lignes ci-dessus ont démontré que le législateur pourrait très bien instaurer l'épuisement national du droit de distribution, sans que cela ne heurte les règles constitutionnelles concernant la liberté économique (en tant que droit fondamental ou principe de l'ordre économique). Choisir de restreindre cette liberté pour mieux défendre la garantie de la propriété et la liberté personnelle est une décision purement politique; le pouvoir des chambres fédérales n'est pas limité par des aspects juridiques. Pour autant toutefois que le but soit bien de protéger l'auteur; si l'on utilise le principe de l'épuisement pour défendre un système commercial (celui des fenêtres d'exploitation), alors la constitutionnalité de la mesure est beaucoup plus discutable. Il faut donc se garder de tirer des conclusions générales du cas particulier de l'art. 12 al. 1bis LDA: si cette disposition, dans sa version entrée en vigueur le 1er août 2002, était d'une constitutionnalité douteuse, le principe de l'épuisement national, en lui-même, ne l'est pas.

La récente révision de la loi sur les cartels marque peut-être un tournant dans la controverse. D'après la modification du 20 juin 2003, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart<sup>71</sup>. En d'autres termes, l'épuisement national n'est pas prohibé, mais l'exercice du droit exclusif est contrôlé<sup>72</sup>. L'avenir dira si cette disposition, en matière d'importations, est susceptible de résoudre le conflit entre la propriété intellectuelle et les principes de l'ordre économique moderne. Mais encore faudra-t-il que, dans le domaine du droit d'auteur, le législateur opte pour l'épuisement national...

## Résumé

*La liberté économique a valeur de droit fondamental reconnu par la Constitution fédérale. De plus, elle s'impose à la Confédération et aux cantons en tant que principe de l'ordre économique selon l'art. 94 Cst. Les droits patrimoniaux attribués à l'auteur, quant à eux, sont couverts par la garantie constitutionnelle de la propriété et découlent aussi de la liberté personnelle. Ces différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées.*

*De manière générale, il appartient au législateur de résoudre les conflits de droits fondamentaux. A cet égard, on doit constater que l'instauration d'un droit de propriété intellectuelle exclusif restreint nécessairement la liberté économique des utilisateurs du bien protégé. En la matière, on ne peut donc pas prétendre que la garantie de la propriété aurait une valeur inférieure par rapport à d'autres règles constitutionnelles. Il n'y a toutefois aucune objection de principe à ce que la liberté économique limite les prérogatives nées de la propriété intellectuelle.*

*Lorsqu'il est amené à faire un choix entre deux droits fondamentaux, le législateur doit respecter l'art. 36 Cst. Tel est en particulier le cas s'il entend restreindre la liberté économique au profit de la garantie de la propriété et de la liberté personnelle. Dans ce cas, il devra également veiller à l'égalité entre*

<sup>69</sup> Art. 4 ch. 2 de la Directive du 22 mai 2001 (n. 61).

<sup>70</sup> Cf. art. 191 Cst. Message, FF 1997 I 436-437.

<sup>71</sup> Art. 3 al. 2 nLCart, FF 2003, 4061. Voir aussi ATF 126 III 129 (consid. 9) = JdT 2000 I 529 ss.

<sup>72</sup> Voir BOCN 2002, 1431 ss et BOCE 2003, 326 ss. Sur l'art. 3 al. 2 nLCart, voir D. E. Kraus, Les importations parallèles de produits brevetés en Suisse: Ce qu'il faut, c'est moins de dogmatisme, sic! 2003, 945 et 957.



*concurrents directs et ne pourra déroger au principe de la liberté économique que si la Constitution elle-même le prévoit. Passée au crible de ces exigences, la constitutionnalité de l'art. 12 al. 1bis LDA, entré en vigueur le 1er août 2002, était certainement douteuse. Toutefois, cela est dû au but très particulier de cette norme. De manière générale, le législateur pourrait instaurer l'épuisement national du droit de distribution sans violer la Constitution. Limiter ainsi la liberté économique serait une décision purement politique.*

*D'après la modification du 20 juin 2003 du droit des cartels, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart. Si le législateur devait opter pour l'épuisement national dans le domaine du droit d'auteur, l'exercice du droit de distribution serait donc tout de même contrôlable par le biais de cette loi.*

## **Zusammenfassung**

*Die Wirtschaftsfreiheit hat den Wert eines von der Bundesverfassung anerkannten Grundrechts. Darüber hinaus gilt sie gemäss Art. 94 BV für den Bund und die Kantone als wirtschaftliches Ordnungsprinzip. Die dem Urheber zustehenden Vermögensrechte werden von der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie erfasst und sind auch Ausfluss der persönlichen Freiheit. Diese verschiedenen Verfassungsbestimmungen müssen aufeinander abgestimmt werden.*

*Grundsätzlich obliegt es dem Gesetzgeber, Konflikte zwischen verschiedenen Grundrechten zu lösen. In dieser Hinsicht muss man feststellen, dass die Einführung eines exklusiven Immaterialgüterrechts notwendigerweise die Wirtschaftsfreiheit der Benutzer des geschützten Guts einschränkt. In diesem Bereich kann man also nicht behaupten, dass die Eigentumsgarantie bezüglich anderer Verfassungsbestimmungen eine untergeordnete Bedeutung hätte. Allerdings ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass die Wirtschaftsfreiheit die aus dem geistigen Eigentum entstandenen Befugnisse begrenzt.*

*Wenn der Gesetzgeber zwischen zwei Grundrechten eine Wahl zu treffen hat, muss er Art. 36 BV respektieren. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er beabsichtigt, die Wirtschaftsfreiheit zu Gunsten der Eigentumsgarantie und der persönlichen Freiheit einzuschränken. In diesem Fall muss er auch dafür sorgen, dass die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gewährleistet ist und darf vom Prinzip der Wirtschaftsfreiheit nur abweichen, wenn dies die Verfassung selber vorsieht. Gemessen an diesen Voraussetzungen ist die Verfassungsmässigkeit des Art. 12 Abs. 1bis URG, der am 1. August 2002 in Kraft getreten ist, sicher zweifelhaft. Allerdings ist dies auf die sehr spezielle Zielsetzung der betreffenden Vorschrift zurückzuführen. Grundsätzlich kann der Gesetzgeber die nationale Erschöpfung des Verbreitungsrechts vorschreiben, ohne die Verfassung zu verletzen. Auf diese Weise die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken, wäre eine rein politische Entscheidung.*

*Nach der Änderung des Kartellrechts vom 20. Juni 2003 unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dem KG. Wenn der Gesetzgeber sich im Bereich des Urheberrechts für eine nationale Erschöpfung entscheiden sollte, wäre die Ausübung des Verbreitungsrechts dennoch mit Hilfe des betreffenden Gesetzes kontrollierbar.*

\* Docteur en droit, chef du service juridique de Suisa, Lausanne.