

Réponse du groupe français
au questionnaire relatif au congrès de l'association littéraire artistique internationale
Kyoto octobre 2012

Réponse élaborée par **Jean Martin**, avocat à la cour de Paris, membre du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Avec la collaboration de :

Audrey Lefèvre, avocate à la cour de Paris

Franck Macrez, Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

Thierry Maillard, docteur en droit

Mélanie Clément, Maître de conférences à l'Université Versailles St Quentin

Pierre Sirinelli, professeur à l'université Paris-I, Panthéon Sorbonne

1^{ère} séance

— Développement de nouvelles plates-formes

1) Comment définiriez-vous le « Nuage » (« Cloud ») dans votre pays ?

Pas de définition légale. On considère, selon l'approche classique des professionnels, qu'il s'agit de prestations de services de gestion de capacités informatiques distantes. Ces prestations ont de nombreux objet et finalité : par exemple, services réseaux, logiciels, mémoire, ou services offerts aux entreprises, administration, et au grand public.

La diversité d'objet des services et des modes opératoires impose de ne pas considérer le « cloud » comme un tout et donc d'écarter une approche globalisante au bénéfice d'une analyse service par service et pour chaque service, mode opératoire par mode opératoire – ceci afin de s'assurer d'appréhender tous les actes d'exploitation et d'opérer des qualifications juridiques pertinentes.

Pour les services grand public, on distingue les services de « pur stockage » (mémoire informatique individuelle distante - «personal locker» / «casier individuel» - , les services de synchronisation (permettant à l'utilisateur de transférer les œuvres sur ses divers terminaux – en nombre limité - soit à la suite d'un achat, soit à partir d'une œuvre en sa possession qu'il a chargé dans sa mémoire distante). La synchronisation après achat aura tendance à s'effectuer par le moyen d'un lien et non d'une reproduction de l'œuvre dans le « casier personnel » (économie de mémoire pour le prestataire au regard des millions d'utilisateurs). Les services dans le nuage se diversifient : « casier personnel » peut être plus ou moins ouvert et donc

partageable. On peut penser que le « nuage » à cet égard aura tendance à reproduire les modèles de communication « sur terre ».

- 2) L'exploitation des œuvres, interprétations, phonogrammes, etc... est-elle considérée d'une manière générale comme se rapportant au Cloud ?

Les prestations « cloud » offertes au grand public sont considérées comme ayant un impact juridique important sur l'exploitation des œuvres protégées et l'économie des modes d'exploitation. Et cela pour tous les secteurs de la création, bien que pour l'instant la musique soit principalement concernée.

Etant un mode d'accès et de circulation des œuvres, le « cloud » mérite d'être examiné comme un renouvellement de la problématique de l'exploitation des œuvres, quitte à vérifier si les modes juridiques opératoires (qualifications juridiques et équilibres économiques en résultant) sont pertinents.

- 3) Existe-t-il déjà des plates-formes commerciales spécialement destinées aux utilisations « dans le nuage » ou se rapportant d'une certaine manière à de telles utilisations ? Vous attendez-vous à ce que de telles nouvelles plates-formes soient mises en place dans un proche avenir ?

Les grandes plateformes internationales ont commencé à faire des offres grand public en France (Apple, Google, Dropbox..).

D'autres entreprises internationales (IBM) ou françaises (Dassault System) développent des offres aux entreprises et aux administrations. L'Etat soutient financièrement un projet stratégique de haute sécurité.

- 4) Selon vous, quelle importance revêtira le Cloud pour le droit d'auteur dans les prochaines années ?

Les services grand public sont destinés à répondre aux besoins résultant de deux tendances techniques et sociales : la mobilité et la multiplication des « terminaux » individuels (ordinateurs, téléphones, tablettes..). Ces deux tendances sont en pleine expansion, les besoins en découlant devraient donc croître, les services pertinents également. La 4G devrait faciliter leur développement. L'idée que ces services sont destinées à compenser la faiblesse de mémoire des terminaux n'apparaît pas convaincante, elle n'est donc pas le critère pour évaluer la potentialité du développement du « Cloud ».

Au regard du droit d'auteur, le « cloud » grand public prendra une place de plus en plus importante pour les raisons de son développement précédemment évoquées et de l'objet des services proposés qui est lié au « stockage » et à la « circulation » des œuvres protégées.

L'importance est également à considérer au regard des impacts sur le droit d'auteur du fait des

caractéristiques du « cloud » : dématérialisation, délocalisation (avec incertitude de la localisation / multiples localisations successives), procédés techniques de fourniture des fichiers (reproduction ou lien), modalités de consultation à partir du terminal (copie cache/pseudo cache, streaming, propriété du fichier ou location..), limitation des copies pour l'utilisateur (procédé juridique/technique), droit exclusif versus copie privée ou « fair use ».

2^{ème} et 3^{ème} séances

— Les traités de l'OMPI, dits traités Internet, de 1996 sont-ils susceptibles de jouer un rôle important pour répondre aux questions juridiques soulevées par l'activité « Cloud » (services dans le nuage) ?

1) Existe-t-il dans votre pays de la jurisprudence et/ou des exemples de (bonnes) pratiques concernant :

1.1) le droit de mise à la disposition du public par rapport au stockage, à la récupération et à la diffusion « dans le nuage » ?

Non. Un service particulier a cependant été jugé : service d'enregistrement de programmes télévisuels pour accès différé par un utilisateur (Wizzgo). La reproduction pour stockage est soumise à autorisation des titulaires du droit exclusif, il ne s'agit pas d'une copie privée faite par l'utilisateur.

1.2) les services dans le nuage susceptibles d'être pertinents pour déterminer la personne responsable de la mise à disposition de contenus non autorisés dans l'environnement « Cloud » ?

L' « hébergeur » est a priori exonéré de responsabilité. Il perd cette « immunité » lorsqu'il intervient dans la politique éditoriale – et qu'il prend donc une part de responsabilité dans la détermination des contenus et des conditions d'exploitation des contenus (promotion de certaines oeuvres, par exemple).

Ces principes résultant des directives communautaires et de la jurisprudence française. Ils sont applicables au « cloud ».

Une adaptation du droit serait souhaitable pour éviter et limiter un détournement de finalité de l'immunité. Elle reposerait nécessairement sur une gestion technique des œuvres qui permettrait à l'opérateur de disposer d'un moyen d'indentification des œuvres, afin qu'il ne puisse plus s'abriter derrière une absence de connaissance due aux volumes et à la diversité des contenus.

2) Existe-t-il de la jurisprudence sur les mesures techniques de protection et sur l'information relative au régime des droits sous forme électronique dans l'environnement « Cloud » ?

Non.

3) Comment réexaminer ou réévaluer le rôle des traités de l'OMPI par rapport au développement du « Cloud » (services dans le nuage) ?

Les principes essentiels figurent dans les traités. Il faut veiller à leur mise en œuvre pertinente et réévaluer lorsque les techniques et le marché du « nuage » seront parvenus à maturité.

4^{ème} séance

– Nouveaux modèles économiques pour la protection efficace du droit d'auteur et des droits voisins « dans le nuage » : Rôle de la gestion électronique des droits dans les nouveaux modèles économiques

N.B. : *En général, les services proposés sur la base des technologies dites d'informatique en nuage (« cloud computing ») sont classés dans trois catégories : « Logiciel en tant que service » (Software as a Service – SaaS), « Plate-forme en tant que service » (Platform as a Service – PaaS) et « Infrastructure en tant que service » (Infrastructure as a Service – IaaS). Sous l'intitulé « Nouveaux modèles économiques pour la protection efficace du droit d'auteur et des droits voisins 'dans le nuage' », les travaux porteront surtout sur la catégorie PaaS, les catégories SaaS et IaaS revêtant une importance mineure puisqu'elles n'impliquent normalement pas l'utilisation d'œuvres littéraires et artistiques protégées (des questions relatives au droit d'auteur sur les logiciels ne seront pas abordées dans le cadre de ce congrès).*

N.B. : *Cette sous-section est consacrée aux modèles économiques réussis des auteurs et autres titulaires de droits qui assurent eux-mêmes ou via un fournisseur de services (comme, par exemple, « iTunes dans le nuage » d'Apple) la commercialisation de leurs œuvres ou objets protégés « dans le nuage », sans doute en employant un système de gestion des droits numériques (DRM) ainsi qu'éventuellement des mesures techniques de protection (MTP).*

1) Dans votre pays, quels types de services dans le nuage sont proposés et/ou mis à disposition par des auteurs ou autres titulaires de droits proposant leurs contenus protégés ?

En France, on constate trois catégories principales de services du « cloud » grand public, ils ont pour objet :

1- « service de pur stockage distant » dit « casier personnel » : fonction primaire du « cloud » ; dispositif de reproduction des contenus envoyés par l'utilisateur dans un espace mémoire personnel dans le nuage, avec accès personnel contrôlé et faculté de rapatriement (synchronisation) dans ses terminaux à la demande ou automatique. Parfois, le service offre la faculté de « partage », à géométrie variable.

2- « service de synchronisation associé à un service de vente » : lors de l'achat en ligne, l'utilisateur reçoit sur un terminal l'œuvre acquise et dans un espace personnel « un double » (copie ou lien) permettant, à son initiative, une synchronisation sur un certain nombre de terminaux (synchronisation automatique, différée, globale ou par œuvre)

3- « service de match » : permet la reconnaissance d'une œuvre soumise par l'utilisateur au service et sa fourniture dans son « casier personnel » (l'œuvre fournie par le prestataire est identique ou similaire – de meilleure qualité (Apple) , sous forme de copie ou de lien), avec faculté de synchronisation à l'initiative de l'utilisateur sur un nombre limité de ses terminaux (parfois des terminaux « amis »).

- 2) Quels genres d'œuvres sont proposés de cette façon (œuvres musicales, littéraires, photographiques, audiovisuelles, interprétations...)?

Aujourd'hui, essentiellement des œuvres musicales.

Mais tous les genres d'œuvres ont vocation à être dans le « nuage », reflet de la diversité des œuvres possédées et utilisées par les utilisateurs : œuvres littéraires, audiovisuelles... Au milieu de nombreuses autres catégories de « matériaux », y compris non protégés.

- 3) Quels droits sont généralement transférés par les titulaires de droits aux fournisseurs de services dans le nuage ?

Les relations contractuelles entre les titulaires de droits et le prestataires demeurent confidentielles. Cependant, de sources sérieuses l'on sait que pour :

1- La vente : des autorisations sont délivrées à cet effet. Elles sont classiques à la vente en ligne. Toutefois, la spécificité du « cloud » réside dans l'autorisation pour la fonction synchronisation : Les contrats prévoient donc une autorisation au titre du droit reproduction dans une base de données (la base référentielle d'œuvres), au titre du droit de commercialiser et au titre de fourniture des reproductions sur un nombre déterminé de terminaux de l'utilisateur par synchronisation.

2- Le « match » : l'autorisation porte sur le droit de reproduction pour constituer la Base d'identification (référentielle), le droit de fournir les œuvres en cas de substitution, avec droit de fournir des reproductions sur un nombre déterminé de terminaux par synchronisation.

3- Le « pur stockage », aucune autorisation. Les opérateurs invoquent le statut d'hébergeur au regard du droit français (d'autre motif en droit US : « fair use »).

- 4) Quelles utilisations de contenus protégés les utilisateurs de ces services dans le nuage sont-ils autorisés à effectuer?

v. réponse question précédente

- 5) Pouvez-vous donner des chiffres concernant les tarifs pratiqués et le montant total des revenus perçus par les auteurs et autres titulaires de droits lorsque leurs œuvres sont proposées dans le nuage ?

Les tarifs sont publics. Mais les chiffres d'affaires perçus par les opérateurs ainsi que les revenus

par les titulaires de droits ne sont pas connus.

L'économie de se marché se caractérise par une certaine gratuité du service jusqu'à un certain volume de mémoire fourni à l'utilisateur. Au-delà, le service est payant.

Les titulaires de droits de la musique ne reçoivent pas de rémunération spécifique (donc notamment proportionnelle) pour les « multi-copies » de synchronisation.

6) Quels types de MTP et de DRM sont utilisés par ces services ?

Les prestataires de services et certains titulaires de droits considèrent que les services grand public (synchronisation) ne comportent pas de MTP.

Ce point de vue est critiqué compte tenu de la définition large des MTP dans la directive 2001 et la loi française du 1.8.2006. Ainsi, la limitation du nombre de terminaux synchronisables reposent nécessairement sur un dispositif de contrôle d'accès - ce qui entre dans la définition des MTP.

7) Selon la législation de votre pays, dans quelle mesure les MTP sont-elles protégées contre leur contournement non autorisé ?

En application de la directive du 22 mai 2001 (article 6.3) et de la loi française du 1 août 2006, les MTP efficaces sont protégées.

Une protection légale est prévue pour prévenir le contournement (la neutralisation) des MTP, sa violation est pénalement sanctionnée par la loi (amende et peine de prison). La détention et l'usage d'outil ou de service ayant pour objet spécifique le contournement sont pénalement sanctionnés (amende : décret du 23 décembre 2006).

8) Le contournement non autorisé des MTP constitue-t-il un problème pratique pour ceux qui proposent leurs contenus dans le nuage ?

En l'absence de pratique dans le nuage, il n'a pas été relevé de problème.

5 Modèles économiques « échappant au droit d'auteur »

N.B. : Cette sous-section est consacrée aux modèles économiques des personnes, autres que les auteurs et autres titulaires de droits, qui tirent parti des contenus protégés d'autrui et qui essaient – avec ou sans succès – d'échapper à toute responsabilité en matière de droit d'auteur. A titre d'exemple, on peut citer des services qui exploitent l'exception de copie privée (comme, p. ex., les magnétoscopes personnalisés en ligne) ou qui cherchent à bénéficier d'une exonération de responsabilité en tant que fournisseur de services Internet (comme, p. ex., les cas prévus par la Directive e-commerce de l'UE). En outre, les stratégies des auteurs qui mettent sur le marché leurs œuvres protégées hors du cadre du droit d'auteur (comme, p. ex., dans le cadre d'une licence de

contenu ouvert ou d'une licence Creative Commons (CC)) peuvent également être considérées comme des modèles économiques « échappant au droit d'auteur » même si elles sont basées sur le droit d'auteur du point de vue technique).

5.1 – Copie privée dans le nuage

1) Dans votre pays, existe-t-il des services – et si oui de quel genre de services s'agit-il – qui proposent à leurs utilisateurs de stocker des copies privées dans le nuage ? Par exemple, on peut citer les services de stockage à accès limité (ex. le service « Picasa » de Google), les plates-formes en accès public (ex. Flickr) et des modèles mixtes (ex. Facebook), mais également les « magnétoscopes en ligne » et éventuellement d'autres types de services de stockage privé.

Si l'expression « copie privée » vise les copies bénéficiant de l'exception de copie privée, donc affranchie de la nécessité d'une autorisation des titulaires de droit, la réponse en droit français et communautaire n'est pas certaine. Le droit français résultant de la jurisprudence impose que le copiste et l'utilisateur soit une même personne. Dès lors qu'un tiers intervient par la fourniture de moyens de reproduction, il devient le copiste et doit disposer d'une autorisation des titulaires de droits au titre du droit exclusif. Dans le « cloud », un tiers fournit les moyens de la reproduction, il est le copiste (le droit exclusif s'applique) et faute pour l'utilisateur d'être lui-même le copiste, il n'y aurait pas de copie privée.

Une autre analyse constate que ni le code de la propriété intellectuelle français ni le droit communautaire (directive 2001) n'impose qu'il y ait identité entre le copiste et l'utilisateur. L'arrêt Padawan de la CJUE accorde cette analyse au plan communautaire car il apparaît concilié l'existence « d'un service de copie » avec l'application de l'exception de copie privée.

L'enjeu juridique est majeur car selon la solution le « cloud » pourrait provoquer un déplacement du centre de gravité du régime de droit applicable aux multi-reproductions de synchronisation, soit en intégrant ces copies dans le droit exclusif soit en laissant une place au bénéfice de l'exception de copie privée. L'enjeu économique ne l'est pas moins car les modes de rémunérations et de valorisation ainsi que de répartition entre titulaires de droits ne sont pas les mêmes. Outre les incidences sur l'effectivité du droit exclusif face à des opérateurs « dans le nuage », alors que l'économie de la copie privée repose sur la réparation d'un préjudice et relève à ce titre de la loi du territoire où le préjudice a été subi (il y a donc « relocalisation » de l'exercice du droit).

2) Sur le plan juridique, dans quelle mesure les opérateurs de services de ce genre tirent-ils profit de l'exception de copie privée dont bénéficie l'utilisateur ? La législation sur le droit d'auteur prévoit-elle d'autres exceptions ?

(N.B. les exonérations générales de responsabilité sont traitées sous 5.2).

Les prestataires développent des services qui constituent une exploitation économique des œuvres. A ce titre, on pourrait se demander s'ils ne devraient pas, même pour la réalisation de copies privées, être soumis à autorisation au titre du droit exclusif.

La question soulève, de manière plus large, celle de la qualification des actes de reproduction effectués au sein du cloud et des mécanismes de rémunération y afférents.

Dans l'hypothèse où le service fourni se limite à la mise à disposition d'un espace de stockage distant, dont l'accès et l'utilisation restent placés sous le contrôle de l'utilisateur, le rattachement des actes de reproduction à l'exception de copie privée est possible, en droit français, en tout cas pour les œuvres acquises de manière licite. La condition d'identité du copiste et de l'usager, posée à l'article L. 122-5 2° du code de la propriété intellectuelle, semble en effet satisfaite. La restriction de la qualification de copiste à la personne qui a le contrôle et la garde de l'outil de reproduction, énoncée par la Cour de cassation en 1984 (décision Rannou-Graphie), est aujourd'hui considérée comme dépassée par un certain nombre d'acteurs, et non conforme au droit communautaire (directive 2001/29/CE et jurisprudence Padawan). L'existence éventuelle d'une mesure technique contrôlant les actes de transfert des contenus peut toutefois avoir une incidence sur la qualification et le régime juridiques (voir ci-dessous).

Le cas des services associant des infrastructures de stockage à un service de mise à disposition d'œuvres à l'utilisateur est lui plus complexe. La fourniture de l'œuvre à l'utilisateur doit s'analyser comme une mise à disposition du public, relevant du droit exclusif. Mais le statut des actes de reproductions subséquents, sur le serveur distant ou sur les matériels de l'utilisateur connectés au cloud, est moins évident. S'il n'existe aucun encadrement technique des possibilités de copie, l'exception de copie privée a vocation à s'appliquer. Si en revanche une mesure technique est mise en œuvre pour empêcher ou restreindre les actes de reproduction, la question de l'incidence sur la qualification des copies et, le cas échéant, sur le mécanisme de rémunération pour copie privée, doit être posée (sur cette question, très discutée, voir l'Addendum en fin de document).

5.2 – Modèles « échappant au droit d'auteur » basés sur des exonérations –présumées – de responsabilité ou des interprétations restrictives du droit de « mise à disposition »

- 1) Dans quelle mesure les opérateurs de services dans le nuage bénéficient-ils d'une interprétation restrictive du droit de mise à disposition (ou de communication au public, ou d'exécution publique) ?

Les services sont certes offerts au public, mais certaines prestations sont destinées – en principe, donc sauf partage – à une personne déterminée et relative au contenu qu'elle possède. Une seule personne n'étant pas un public, certains soutiennent qu'à défaut de public, il n'y a pas prise au droit d'exécution publique ou de mise à disposition du public (ainsi : copie dans le casier personnel, synchronisation dans les terminaux personnels). Il en est évidemment différemment lorsqu'il s'agit d'un contenu offert au public.

- 2) Selon le droit de votre pays, quel est le statut juridique (responsabilité primaire ou subsidiaire – contrefaçon par fourniture de moyens ou complicité de contrefaçon ; responsabilité substituée ;

autre notion de responsabilité telle qu'incitateur, « Störer »...) du fournisseur de services dans le nuage par rapport aux contenus protégés mis à disposition par les utilisateurs du service ?

Comme précédemment indiqué, il n'y a pas qu'un service de nuage. La diversité d'objets des services fait obstacle à une réponse unique.

Ainsi, le prestataire de service de « match » sera contrefacteur s'il substitue aux œuvres de son client des œuvres sans avoir reçu les autorisations requises des titulaires de droits. Il pourrait être regardé comme complice par fourniture de moyen si la substitution s'effectue à partir d'une œuvre contrefaisante (« blanchiment »), à la condition qu'il est connaissance du vice affectant l'œuvre fournie par l'utilisateur.

- 3) Dans votre pays, les fournisseurs de services dans le nuage bénéficient-ils d'une exonération de responsabilité (comme celle, p. ex., prévue par la Directive e-commerce de l'UE) et, si oui, dans quelle mesure (p. ex., irresponsabilité totale ou exonération uniquement en ce qui concerne l'obligation de verser des dommages et intérêts) ?

Merci de citer et de présenter brièvement les dispositions légales et la jurisprudence correspondante.

Aucune disposition spécifique pour le nuage n'existe en droit français. Cependant, le droit communautaire et français relatifs au statut d'hébergeur prévoient une « immunité » au profit des hébergeurs. Leur responsabilité n'est engagée qu'à défaut de prendre les mesures diligentes pour supprimer un contenu litigieux.

Dans le cas d'une prestation de « pur stockage » dans le nuage, il est généralement reconnu que le prestataire bénéficie du statut d'hébergeur.

- 4) De même, selon le droit de votre pays, quelle obligation de prudence ou de diligence incombe aux fournisseurs de services dans le nuage en matière de surveillance et éventuellement de suppression des contenus non autorisés ?

v. réponse précédente

- 5) Quelles preuves doit présenter le titulaire de droits pour faire retirer des contenus non autorisés ?

L'idée est celle du principe de précaution fondé sur la neutralité active. L'existence d'une contestation raisonnablement fondée fait naître une obligation de précaution, donc de retrait. Celui qui a fourni le contenu doit alors justifier de ses droits.

- 6) Dans votre pays, y a-t-il des contrats conclus entre fournisseurs de services dans le nuage et titulaires de droits concernant l'utilisation des contenus protégés par le droit d'auteur par les utilisateurs des services dans le nuage ?

Oui. Dans la musique (producteurs de phonogrammes, sociétés de gestion collective d'auteurs/compositeur/éditeurs).

- 7) Dans votre pays, quels services dans le nuage qui échappent au droit d'auteur fonctionnent avec succès et quels services qui avaient essayé d'échapper au droit d'auteur ont été interdits ou fermés ?

Les services qui fonctionnent sont soumis au droit exclusif des titulaires de droits.

Mais il y a questionnement sur le régime des reproductions dans le nuage et sur celles résultant de la synchronisation sur les terminaux de l'utilisateur : droit exclusif ou copie privée ? (v. supra)

- 8) Dans votre pays, y a-t-il des modifications législatives à l'étude en ce qui concerne la responsabilité des prestataires qui fournissent des services dans le nuage ? En particulier, attendez-vous une diminution ou une augmentation de la responsabilité des fournisseurs de services ?

Non

- 9) Voyez-vous des avancées en ce qui concerne les techniques de filtrage ?

5.3 – Modèles économiques « échappant au droit d'auteur » mis en place par des auteurs pour des exploitations dans le nuage

- 1) Dans votre pays, y a-t-il de la part des titulaires de droits un recours notable aux modèles économiques "échappant au droit d'auteur", tels que Creative Commons (CC) ou d'autres licences de contenu ouvert de type comparable, pour l'exploitation de leurs œuvres dans le nuage ?

Outre les services étrangers fonctionnant en France, il existe des services français fonctionnant sur ces modèles contributifs libres, mais ils ne sont pas spécifiques au nuage (Wikipedia, numerama.com, OWNI...). Il est possible que leur gestion informatique ait recours au nuage, en « back office ».

Il est à noter que les développeurs du « libre » ont développé des solutions open source permettant de créer des nuages privés, permettant de ne pas recourir aux services de cloud publics tel Amazon ou Google.

- 2) Si oui, dans quels domaines (œuvres musicales, littéraires, audiovisuelles, scientifiques...) de telles licences sont-elles le plus souvent utilisées ?

Domaine de l'écrit. Secteur de l'Information/actualité.

- 3) Dispose-t-on de données chiffrées qui indiquent comment les auteurs tirent des revenus de ces exploitations dans le nuage et à quelle hauteur ?

Pas de données chiffrées connues.

Les modèles économiques sont fondés sur le don (wikipédia) ou la publicité (site d'actualité).

- 4) De même dans votre pays, quels sont les obstacles juridiques auxquels les auteurs sont confrontés lorsqu'ils ont recours à des licences CC ou de contenu ouvert ?

Des exemples de tels obstacles pourraient être : non opposabilité de ces licences ; refus d'octroyer des dommages et intérêts en cas d'exploitation commerciale d'œuvres mises à disposition à des fins uniquement non commerciales ; refus de la part des sociétés de gestion de représenter des auteurs qui souhaitent commercialiser certaines de leurs œuvres sous licence CC ; exclusion des auteurs CC des rémunérations perçues dans le cadre d'un régime de copie privée, etc...

En l'absence de service spécifique du nuage, il s'agit d'une question relevant de la problématique générale du « libre ».

6^{ème} séance

—Modèle futur de guichet unique en ligne dans l'environnement Cloud

- 1) Votre pays prévoit-il des règles de droit international privé concernant le droit d'auteur en particulier et la propriété intellectuelle en général ou existe-t-il des règles générales de droit international privé susceptibles de s'appliquer dans de tels cas ? En particulier, les règles de compétence judiciaire (compétence razione personae) de votre pays permettent-elles de poursuivre un intermédiaire étranger qui rend possible des violations du droit d'auteur qui ont lieu ou produisent leurs effets dans le pays de la juridiction saisie. Quelle est la loi applicable dans de tels cas ? La loi applicable à la violation primaire s'appliquerait-elle ? La loi de la résidence ou de l'établissement de l'intermédiaire s'appliquerait-elle ?

(La réponse précise à la question est fournie, ci-dessous. Pour plus de développements permettant de comprendre l'évolution récente des solutions françaises de droit international privé, voir l'addendum en fin de questionnaire.)

La rémunération pour l'exception de copie privée est fondée sur la réparation d'un préjudice. L'existence d'un préjudice subi sur le territoire français justifie l'application de la loi française et la compétence des juridictions françaises. L'acte de copie privée est donc soumis au droit français, la rémunération compensatrice du préjudice est due sur l'importateur ou fabricant de supports assujettis sur le territoire national.

2) Votre organisme national de gestion collective délivre-t-il des licences multi-territoriales et existe-t-il des modèles de licence propres au Cloud dans le domaine de la gestion collective ? Si oui, y figure-t-il des règles en matière de contrats transnationaux (comprenant des questions de compétence et de choix de la loi applicable) ?

Pas de licence multi-territoriale cloud à notre connaissance. Une licence cloud (expérimentale) pour les auteur/compositeurs/éditeurs de musique.

Addenda

Le groupe français de l'ALAI propose des développements supplémentaires dans le droit fil de deux questions posées : La question 5.1.2 & la question 6.1.

ADDENDUM à la question 5.1 2)

La question de l'incidence des mesures techniques de protection utilisées dans le cadre du *cloud* sur la qualification des actes de reproduction à usage privé et les mécanismes de compensation y afférents est complexe et discutée.

La situation est traitée, en droit français, au détour d'une disposition relative à la détermination du montant de la rémunération pour copie privée: aux termes de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle, « ce montant tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée » ; « il ne peut porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière ». Le texte est peu éclairant. Il faut s'en référer au droit communautaire pour en saisir la portée exacte.

Le cadre européen

Le considérant 35 de la directive 2001/29/CE énonce que « dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés ». C'est le cas de l'exception de copie privée (art. 5.2 b). Le considérant indique qu'un « critère utile », pour déterminer la forme, les modalités et le niveau éventuel de la compensation équitable, serait « le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question ». Il précise que « dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû ».

Le lien entre compensation équitable et mesures techniques est abordé à la fin du considérant : « le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection ». Il est éclairé par le considérant 38, qui souligne que lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception de copie privée, « les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles ».

Le dispositif de la directive de 2001 peut dès lors être compris comme suit : si un titulaire de droits, grâce à des mesures techniques de protection efficaces, est en mesure de contrôler l'utilisation faite de ses œuvres dans la sphère privée, s'il peut ainsi interdire les copies (absence de préjudice subi) ou les faire payer à la source (« paiement sous une autre forme »), alors le niveau de la

compensation doit être diminué voire supprimé. C'est l'approche explicitement mise en avant par la Commission européenne dans le Livre vert de 1988 sur le droit d'auteur et le défi technologique, et reprise lors des débats sur la directive de 2001 : abandon progressif des systèmes de levies (phasing out), au profit d'un retour au droit exclusif – adossé à la technique – et à des mécanismes de paiement à la source.

L'approche est toutefois brouillée par l'article 6.4, alinéa 2 de la directive, qui prévoit que, lorsque l'exception de copie privée existe en droit national et que les utilisateurs ne peuvent réaliser de copies à usage privé du fait d'une mesure technique de protection, les États membres peuvent décider d'en garantir l'exercice. L'article 6 affirme ainsi la compatibilité des mesures techniques et de l'exception de copie privée, et le principe même de leur coexistence. La situation est cependant ambiguë dans la mesure où l'intervention des États membres est admise « à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception [de copie privée] ». Le considérant 52 précise que « lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), les États membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation ». Peut-on dès lors considérer que si la MTP a été conçue ou adaptée volontairement par le titulaire de droits pour permettre la réalisation de reproductions à usage privé, les « objectifs visés » par l'exception de copie privée sont atteints – mais sur le mode du droit exclusif –, et le mécanisme de garantie de l'exception n'a plus lieu d'être.

La question est éminemment complexe. Cela s'explique sans doute en raison de l'historique du texte de la directive, dont l'article 6.4 a été introduit de manière très tardive, bien après la définition du système d'exceptions et sans que la cohérence de l'ensemble ait été suffisamment pensée. En tout état de cause, il est clair que, quand bien même le rattachement à l'exception de copie privée ne serait pas discuté, la question de l'incidence de la mesure technique sur le niveau de la compensation équitable doit nécessairement être posée.

Application au cas du *cloud* (avec service de mise à disposition de contenus)

Les services de *cloud* s'appuient généralement sur un environnement extrêmement sécurisé, au sein duquel sont déployées des mesures de contrôle avancées (contrôle d'accès au service, notamment, par login/mot de passe, authentification du matériel sécurisé etc.). L'existence de ces mesures peut laisser penser que les copies privées effectuées par les utilisateurs ne sont pas subies, mais autorisées, le prix payé par l'utilisateur du service pouvant être considéré comme un paiement à la source, rémunérant ces différentes copies. Dès lors, l'analyse présentée plus haut devrait conduire, sinon à une remise en cause de la rémunération pour copie privée, du moins à une diminution de son montant.

L'existence de mesures techniques ne peut toutefois être retenue comme critère d'ajustement de la rémunération pour copie privée que dans l'hypothèse où lesdites mesures techniques ont été mises en œuvre par les titulaires de droits. Ce lien entre titulaires de droits et mesure technique est exigé tout à la fois par les traités de l'OMPI et par la directive de 2001. Le droit français va même plus loin, puisqu'il requiert que le contrat liant l'auteur au producteur « mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques [...] en précisant les objectifs poursuivis

pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques [...] » (art. L. 131-9 CPI). Le basculement du régime de l'exception de copie privée à celui du droit exclusif ne saurait donc valablement être admis qu'aux conditions suivantes:

1° Les mesures techniques empêchant ou encadrant les actes de reproductions ont été mises en œuvre par ou avec l'accord explicite des titulaires de droits : le déploiement de mesures techniques de protection est une manifestation de volonté, indissociable de l'exercice du droit exclusif, qui doit s'exprimer en des termes clairs et précis dans le contrat qui lie les titulaires de droits au prestataire de *cloud*. Les mesures techniques mises en œuvre de manière indépendante par le prestataire de *cloud*, sans sollicitation expresse des ayants droit, ne devraient pas avoir d'incidences sur le statut des copies.

2° Les mesures techniques ont été mises en œuvre par ou avec l'accord de l'ensemble des titulaires de droits concernés : la volonté exprimée de manière isolée par une seule catégorie d'ayants droit (le producteur, par exemple) ne devrait pas avoir pour effet de priver les autres catégories d'ayants droit du bénéfice de la rémunération pour copie privée.

Un autre élément à prendre en compte, pour caractériser la volonté des titulaires de droits de ramener les actes reproductions dans la sphère du droit exclusif, est le montant des rémunérations perçues par eux : il paraît difficile de considérer qu'une rémunération équivalente à celle habituellement pratiquée sur les plateformes de téléchargement puisse constituer un paiement à la source de l'ensemble des copies subséquentes réalisées par l'utilisateur.

Addendum à la question 6.1

Il n'existe pour l'heure, en France, aucune solution de droit international privé propre aux questions posées par le cloud computing. Il est cependant possible d'évoquer ici les principes généraux dégagés en matière d'utilisation d'œuvres sur les réseaux numériques.

Il n'existe aucune difficulté en cas d'utilisation licite d'œuvres. Il convient donc essentiellement de dire quelques mots des solutions retenues en cas d'utilisation d'œuvres sans autorisation des ayants droits.

1 - S'agissant de la compétence juridictionnelle, les tribunaux français ne se contentent plus du critère dit de « l'accessibilité » (site accessible depuis la France) pour fonder leur propre compétence. Que l'affaire soit présentée devant une juridiction répressive ou des juges civils, les juges vérifient leur compétence à connaître du litige en mettant en œuvre la théorie dite de la « focalisation » qui consiste à vérifier que la situation en cause présente bien des liens étroits avec la France. Pour cela, ils retiennent un certain nombre de critères (langue utilisée, nationalité des parties, nom de domaine, unités de mesure ou de comptes, monnaie...) dont la réunion permet de retenir ou d'exclure leur compétence.

2 - S'agissant de la compétence législative, la jurisprudence paraissait flottante en la matière (2.1) mais la Cour de Cassation a, le 12 juillet 2012, fixé la règle de conflit applicable en pareille hypothèse (2.2).

2.1 - Dans un premier temps, les juges du fond (juridictions ne statuant pas en matière de droit pénal) ont hésité aussi bien à propos des textes à solliciter qu'à propos du contenu de la règle de conflit ainsi désignée. Les juges ont pu ainsi parfois faire application de l'article 5.2 la Convention de Berne tandis que, dans d'autres cas, aucune référence n'était faite à ce texte international.

S'agissant du contenu de la règle de conflit, les juges du fond ont tour à tour estimé qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du pays du fait générateur puis la loi du pays où le dommage est subi. Dans le premier cas, ils retenaient parfois la loi de l'acte originel, c'est-à-dire celle du lieu de stockage (reproduction) des œuvres, tandis que dans d'autres cas ils retenaient la loi du pays de l'affichage (représentation) de l'oeuvre contrefaite. Puis les juges du fond se sont orientés vers l'application de la théorie dite de la « focalisation », qui consiste à rechercher avec quel ordre juridique la situation querellée présente le plus de liens (groupement de points de contact) ou les liens les plus étroits.

2.2 - la Cour de Cassation (Première chambre civile, Arrêt n° 827 du 12 juillet 2012 [11-15.165 ; 11-15.188]) a retenu cette dernière théorie (« focalisation ») dans un arrêt du 12 juillet 2012 (affaire *Société Aufeminin.com / Google France*). Elle a ainsi, à propos d'un conflit antérieur à l'entrée en vigueur du règlement européen dit Rome 2 :

2.2.1 - Expressément fait référence à l'article 5.2 de la Convention de Berne et à la loi du pays pour lequel la protection est réclamée ;

2.2.2 - Admis la solution d'une cour d'appel qui recherchait avec quel pays la situation en cause présentait les liens les plus étroits pour appliquer la loi de ce pays.

Elle a ainsi décidé :

« Mais attendu que l'arrêt retient que le litige porte sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en “.fr” et que le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France ; qu'il en déduit exactement, conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'Etat où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. X..., qui réclamait, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin.com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches» .