

Congrès de l'ALAI

2012 – KYOTO

Questionnaire

1^{ère} séance

— Développement de nouvelles plates-formes

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

Il n'y a pas de définition spécifique à la Suisse. De manière générale, on peut dire que l'informatique en nuage consiste à déporter sur des serveurs distants des données traditionnellement localisées sur des serveurs locaux ou sur le poste client de l'utilisateur.

La notion de « Cloud » est parfois employée même si l'utilisateur ne charge pas lui-même les données sur un serveur distant, pour autant que la plateforme lui offre la possibilité d'accéder aux données (ou de les télécharger) au moyen de plusieurs appareils et où qu'il soit dans le monde. C'est surtout l'accessibilité « universelle » des contenus qui caractérise le nuage.

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

C'est plutôt le contraire : l'informatique en nuage peut être un moyen d'exploiter des œuvres, interprétations ou phonogrammes.

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 ?

De telles plateformes sont déjà disponibles en Suisse actuellement et il est probable que de nouvelles plateformes apparaissent encore à l'avenir.

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

Le Cloud est un sujet d'actualité pour le droit d'auteur déjà actuellement. Bien qu'il soit difficile de faire des pronostics, on peut penser qu'il le restera encore ces prochaines années.

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 » ?

Il n’y a pas encore de jurisprudence relative au droit de mise à disposition. En revanche, par une décision de 2009 concernant les « virtual personal video recorder » (vPVR), la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d’auteur et de droits voisins a considéré que le stockage d’oeuvres protégées sur un serveur distant, par une personne privée pour son propre usage, constituait une copie privée permise par la loi. Dans un tel cas, l’exploitant du serveur doit cependant payer une redevance pour la copie privée, en application de l’art. 20 al. 2 de la loi suisse sur le droit d’auteur (LDA).

Lorsque des oeuvres musicales stockées sur un serveur sont accessibles pour le public en général (et non seulement pour la personne privée qui a chargé ces oeuvres), SUISA (la société de gestion suisse pour la musique) licencie le droit de mise à disposition auprès de l’exploitant de la plateforme, cela pour autant bien sûr que les oeuvres fassent partie de son répertoire.

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 » ?

Il n’y a pas de jurisprudence mais, comme indiqué, SUISA considère que l’exploitant de la plateforme peut être tenu responsable du règlement du droit de mise à disposition, lorsque celui-ci est en jeu :

- comme auteur principal de la mise à disposition lorsque le contenu a été chargé par l’exploitant du serveur ;
- ou au moins comme complice de cette mise à disposition lorsque le contenu a été chargé par l’utilisateur

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) ?

Le fait que les art. 8 WCT et 14 WPPT mentionnent une « mise à la disposition du public » peut être problématique lorsque l’accès au contenu est offert uniquement à la personne qui a chargé ce contenu. Dans ce cas, l’exploitant de la plateforme n’accomplit pas une mise à disposition couverte par les traités. On peut donc se demander si ces traités sont suffisants à cet égard.

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 ?

Le service iCloud d’Apple est disponible en Suisse depuis quelques mois, en complément à iTunes. Pour autant qu’on puisse les qualifier de « services dans le nuage », des plateformes musicales de streaming sont aussi disponibles, comme Simfy ou Spotify.

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

Il s’agit principalement d’œuvres musicales. Les plateformes « légales » sont encore peu développées dans les autres domaines. A relever que les plateformes de téléchargement direct recourent aussi, dans une certaine mesure, au « cloud computing », lequel pourra alors favoriser le piratage.

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

Le droit de reproduction (« upload ») et le droit de mise à disposition, lorsque le service met en jeu ces droits (on a vu en effet que l’exception d’usage privé pouvait parfois être applicable).

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

- Uniquement des utilisations dans le cadre de leur sphère privée
- 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 contrats entre les ayants droit et les plateformes sont en principe couverts par des clauses de confidentialité. Les services de « *cloud computing* » (y compris de streaming) sont encore trop récents pour que l'on puisse cerner leur importance économique pour les titulaires de droits. De manière générale, SUISA perçoit actuellement entre 2 et 3 millions de francs par année pour des services en ligne, ce qui est encore modeste par rapport à la totalité des droits encaissés pour la musique en Suisse (environ 125 millions de francs).
- 6) **Quels types de MTP et de DRM sont utilisés par ces services ?**
Il y a bien sûr des mesures techniques protégeant l'accès au service, mais aussi des mesures limitant les appareils (nombre et type) au moyen desquels le consommateur pourra avoir accès au serveur central.
- 7) **Selon la législation de votre pays, dans quelle mesure les MTP sont-elles protégées contre leur contournement non autorisé ?**
Le contournement est interdit conformément à ce que prévoient les WCT et WPPT, avec toutefois la particularité que cette interdiction ne vaut pas lorsque le contournement est effectué exclusivement dans le but de procéder à une utilisation licite de l'oeuvre, par exemple à une copie privée (art. 39a al. 4 LDA).
- 8) **Le contournement non autorisé des MTP constitue-t-il un problème pratique pour ceux qui proposent leurs contenus dans le nuage ?**
Pas à notre connaissance

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.

Oui, iCloud et Picasa sont disponibles par exemple. De plus, plusieurs câblodistributeurs proposent des services de magnéscope en ligne (vPVR)

- 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).

La copie est certes autorisée par la loi en tant que copie privée, mais l’exploitant du serveur doit payer une redevance, en application des art. 19 al. 2 et 20 al. 2 LDA (voir réponse à la question 1.1 en p. 2 ci-dessus). Il y a donc une compensation en faveur des ayants droit. Bien que la question soit discutée en doctrine, la Commission arbitrale a estimé, dans sa décision de 2009 précitée concernant les vPVR, que les limites prévues par l’art. 19 al. 3 LDA n’étaient pas applicables dans un cas de ce genre. Cela signifie en particulier que la copie sur le serveur central est licite, même si elle porte sur la totalité ou l’essentiel d’exemplaires d’oeuvres disponibles sur le marché.

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) ?**

Cette question n’est pas abordée actuellement par la jurisprudence suisse. Au contraire des traités internationaux, le droit suisse n’exige pas que la mise à disposition soit faite à l’attention du public en général (cf. art. 10 al. 2 lit. c LDA). On peut donc concevoir que le droit de mise à disposition s’applique aussi lorsque la prestation consiste uniquement à assurer l’accès au contenu en faveur de la seule personne qui a chargé ce contenu. Mais lorsque la rémunération pour la copie privée est applicable et due par l’exploitant de la plateforme, on imagine difficilement que cet exploitant soit en plus assujéti au droit de mise à disposition.

- 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 ?**

Là non plus, la question n’est pas expressément tranchée. Vraisemblablement, on doit admettre que le fournisseur a le statut d’un participant secondaire à l’acte

soumis au droit d'auteur (complicité), cela tant au niveau civil que sous l'angle du droit pénal.

- 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.

Il n'y a pas d'exonération de responsabilité. Les règles générales de la responsabilité civile et la responsabilité pénale s'appliquent.

La responsabilité civile est réglée par les art. 61 ss LDA et 41 ss du code des obligations. Elle nécessite un acte illicite, une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. La faute peut être intentionnelle ou commise par négligence. Il découle de cette exigence de la faute que le fournisseur doit connaître l'acte illicite et le tolérer pour devoir des dommages-intérêts. En pratique, les ayants droit devront donc avertir préalablement le fournisseur et celui-ci ne s'exposera à des dommages-intérêts que s'il ne retire pas le contenu illicite. L'action en cessation de trouble ou en interdiction (injonction) sera toutefois possible contre lui même sans faute.

La responsabilité pénale est réglée par les art. 67 ss LDA et par les dispositions générales du code pénal. Elle nécessite aussi une faute, mais celle-ci doit être intentionnelle. Une simple négligence ne suffit pas. En pratique, les ayants droit devront également avertir le fournisseur d'une violation de leurs droits pour que la responsabilité pénale de celui-ci soit engagée. A relever qu'il y a déjà une faute intentionnelle en cas de dol éventuel, c'est à dire si le fournisseur envisage le risque de commettre une infraction et accepte ce résultat pour le cas où il se produirait.

Il n'y a pas encore en Suisse de jurisprudence spécifique concernant la responsabilité des fournisseurs de services dans le nuage. Les explications ci-dessus sont donc données uniquement à partir des règles générales et de la jurisprudence concernant d'autres domaines.

- 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 ?**

Il n'y a pas d'obligation générale de surveillance et le contenu doit être supprimé à partir du moment où le fournisseur sait qu'il est illicite.

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

Cette question n'est pas réglée par la loi et la réponse dépend des circonstances du cas.

- 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. SUISA conclut de tels contrats. De plus, dans le domaine de la musique, les titulaire de droits voisins le font aussi, mais plutôt au niveau international c'est-à-dire pour plusieurs pays à la fois (dont la Suisse).

- 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 ?**

Rapidshare, service de téléchargement direct situé en Suisse, n'a pas passé de licence et fonctionne encore, malgré certains procès intentés en Allemagne

- 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 ?**

Certains ayants droit aimeraient voir instaurer une responsabilité civile causale (sans faute) à charge des intermédiaires en ligne, notamment des plateformes d'hébergement. L'intermédiaire aurait cependant la possibilité de se dégager de la responsabilité en apportant la preuve libératoire qu'il a pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour éviter que ses services soient utilisés pour commettre des violations du droit d'auteur. L'exonération dépendrait donc, notamment, de ce qu'il est possible de faire compte tenu de l'état de la technique.

L'administration suisse examine actuellement cette idée mais elle paraît la considérer comme difficilement réalisable d'un point de vue politique. De manière générale, nous pensons qu'un renforcement de la responsabilité des intermédiaires devrait être un thème de plus en plus débattu en Suisse ces prochains temps.

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

Non, pas actuellement

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 ?**

Pour certains domaines, de telles licences sont importantes, notamment pour l'exploitation de travaux scientifiques. Mais lorsque l'auteur souhaite obtenir un revenu grâce à son oeuvre, par exemple dans le domaine de la musique, ces licences n'ont guère d'importance pratique.

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

Pour les oeuvres scientifiques.

- 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 ?**

Non

- 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...

Tout d'abord, l'existence d'un véritable contrat peut être difficile à démontrer, dans la mesure où il n'y a pas d'acceptation expresse, par l'utilisateur de l'oeuvre, des conditions posées par le titulaire des droits d'auteur. Ensuite, certaines notions utilisées dans le cadre des licences cc ne sont pas suffisamment déterminées (qu'est-ce au juste qu'une exploitation « commerciale » ?). Enfin, il y a en effet souvent une incompatibilité entre les licences cc et la gestion collective des droits. Les auteurs cèdent leurs droits aux sociétés de gestion, si bien qu'ils ne peuvent pas en disposer une seconde fois dans le cadre d'une licence cc. A relever toutefois que les sociétés de gestion, notamment SUISA pour la musique, n'ont pas constaté une demande substantielle de leurs membres pour que les choses changent en ce domaine. Encore une fois, lorsqu'un auteur souhaite obtenir une rémunération grâce à ses oeuvres, le modèle cc semble avoir une importance marginale.

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 *ratione 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 loi suisse sur le droit international privé (LDIP) prévoit des règles concernant la propriété intellectuelle en général.

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, les actions portant sur la violation de droits de propriété intellectuelle peuvent être intentées devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut, ceux de sa résidence habituelle. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux

du lieu de l'établissement (voir art. 109 al. 2 LDIP). Un intermédiaire étranger peut donc être poursuivi en Suisse si les violations du droit d'auteur, ou le résultat de celles-ci, ont lieu en Suisse.

D'après la LDIP, les droits de propriété intellectuelle sont régis par la loi de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée (art. 110 al. 1 LDIP). En cas d'acte commis par un auteur principal et un participant secondaire (comme un complice ou un instigateur), les agissements du participant secondaire tombent sous le coup du droit suisse si l'utilisation du bien protégé qu'ils favorisent a lieu en Suisse (ATF 92 II 293 = JdT 1967 I 622). A l'inverse, le droit suisse n'est pas applicable si ces agissements, bien que commis en Suisse, produisent leurs effets exclusivement à l'étranger (ATF 122 III 81 = JdT 1997 I 228. Sur ces questions, voir I. CHERPILLOD, Violation des droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation, in : Quelques facettes du droit de l'Internet, volume 6, Neuchâtel 2005, p. 73). Puisque le chargement de l'œuvre sur un serveur distant est le fait de la personne privée elle-même, celle-ci doit être considérée comme l'auteure principale de la reproduction. Le tiers, qui met les capacités de stockage à disposition, favorise cette reproduction et a donc le statut de participant secondaire. S'il est actif depuis l'étranger, en exploitant un serveur hors de Suisse, il favorisera un acte commis en Suisse lorsque la personne privée agit dans ce pays. Par conséquent, dans cette situation, il nous semble que le droit suisse sera applicable. A l'inverse, si la personne privée est à l'étranger et qu'elle reproduit des œuvres sur un serveur situé en Suisse, les agissements de l'exploitant du serveur doivent être rattachés à un acte principal commis à l'étranger. Par conséquent le droit suisse ne sera pas applicable. C'est donc en fin de compte le lieu de situation de la clientèle à qui s'adresse l'offre de « *cloud computing* » qui déterminera le droit applicable aux actes de reproduction. S'agissant du droit de mise à disposition, L'Etat pour lequel est revendiquée la protection des œuvres distribuées, au sens de l'art. 110 LDIP, sera à notre avis le pays de réception du service. Celui-ci présente les liens les plus étroits avec la cause. Comme pour les actes de reproduction, c'est donc en fin de compte le lieu de situation de la clientèle à qui s'adresse l'offre de « *cloud computing* » qui déterminera le droit applicable.

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) ?

SUISA ne délivre pas (encore ?) de licences multi-territoriales et il en va de même, à notre connaissance, pour les autres sociétés de gestion suisses. Il n'existe pas non plus de modèles de licence propres au Cloud, les contrats étant négociés individuellement.