

Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard?*

Aspects juridiques concernant le «cloud computing»

VINCENT SALVADÉ**

Le «cloud computing» est une technique de plus en plus utilisée pour la distribution en ligne d'œuvres protégées. Le présent article examine les questions que cela pose en droit d'auteur suisse, notamment les prérogatives mises en jeu par cette technique. Les conditions d'application de la loi suisse d'après le droit international privé sont également étudiées, de même que certains problèmes pratiques dus au fait que les droits mis en jeu sont soumis à des régimes juridiques différents.

«Cloud Computing» ist eine Technik, die je länger je mehr zur Verbreitung geschützter Werke auf dem Netz eingesetzt wird. Der vorliegende Beitrag geht den urheberrechtlichen Fragen nach, die sich in diesem Zusammenhang stellen, insbesondere untersucht er, welche Rechte betroffen sind. Ebenso werden die Voraussetzungen des internationalen Privatrechts für die Anwendung des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes untersucht sowie bestimmte praktische Probleme, die sich daraus ergeben, dass unterschiedliche Rechtsordnungen auf einen Sachverhalt Anwendung finden.

- I. Introduction
 - II. Les droits potentiellement mis en jeu
 - 1. Le droit de reproduction
 - 2. Le droit de mise à disposition
 - III. Le régime juridique gouvernant les droits
 - IV. Conclusion
- Résumé / Zusammenfassung

I. Introduction

Le «cloud computing», ou l'informatique en nuage, est une notion d'actualité. Par-là, on entend le fait de déporter sur des serveurs distants des données informatiques traditionnellement localisées sur des serveurs locaux ou sur le poste client de l'utilisateur¹. Cette technique permet aussi de placer sur un serveur central des œuvres protégées (musique, films, etc.) dont le consommateur souhaite disposer grâce à son ordinateur, son téléphone portable ou son lecteur portable. Des fournisseurs se sont ainsi spécialisés dans la mise à disposition de capacité de stockage: le consommateur charge ses contenus à distance sur un serveur, et il en récupère ensuite l'accès via Internet sur ses appareils privés, par téléchargement ou «streaming». Sa musique, ses films, ses photos deviennent ainsi plus facilement accessibles, où qu'il soit dans le monde, et quel que soit l'appareil qu'il utilise.

A vrai dire, la notion de «cloud» est parfois employée même si l'utilisateur ne charge pas lui-même les données sur un serveur distant. Ainsi, le service iCloud d'Apple, outre la mise à disposition de capacité de stockage, permet de télécharger automatiquement les contenus achetés dans l'iTunes Store sur d'autres appareils que celui utilisé pour la transaction, ou de télécharger une nouvelle fois sur d'autres appareils des contenus acquis précédemment². Pour l'industrie du divertissement, c'est donc surtout l'accessibilité «universelle» des contenus qui caractérise le nuage: on fait simplement en sorte que le consommateur ait plus de possibilités de disposer des contenus qu'il a achetés.

L'un des problèmes posés par l'informatique en nuage est la grande consommation d'énergie que nécessitent les serveurs centraux. Or, la Suisse cumule les avantages pour accueillir ces serveurs:

* Cet article sera aussi publié sur le site Internet du Pôle du droit de la propriété intellectuelle et de l'innovation (PI)² de l'Université de Neuchâtel: www2.unine.ch/ccfi/pi2/presentation.

** Dr en droit, Directeur général adjoint de SUIISA, professeur associé à l'Université de Neuchâtel.

¹ Cf. www.fr.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing.

² Voir www.apple.com/chfr/pr/library/2011/06/06Apple-Introduces-iCloud.html.

l'électricité y est abondante et en grande partie hydraulique, donc «verte»; de plus, son climat et ses lacs permettent un refroidissement optimal des machines et sa stabilité politique encourage les investissements. Il se pourrait donc que notre pays joue un rôle de premier plan en matière d'informatique en nuage³.

En droit d'auteur suisse, le «*cloud computing*» pose des questions délicates. En premier lieu, on doit se demander quels droits il met en jeu.

II. Les droits potentiellement mis en jeu

1. Le droit de reproduction

a) «*Uploading*» et téléchargement

D'après l'art. 10 al. 2 lit. a LDA, l'auteur a en particulier le droit exclusif de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données. Ce droit couvre les copies dans une mémoire d'ordinateur ou sur tout autre support informatique⁴. Le téléchargement d'une œuvre sur un ordinateur personnel, à partir d'Internet, est aussi une reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA⁵, de même que le «*uploading*», c'est-à-dire le chargement sur un serveur accessible par Internet, même si ce dernier acte est aussi en principe une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA⁶.

b) L'exception d'usage privé

Le téléchargement à des fins privées est toutefois autorisé sur la base de l'art. 19 LDA. Les auteurs d'œuvres protégées et les titulaires de droits voisins sont en principe rémunérés par la redevance sur les supports vierges prévue par l'art. 20 al. 3 LDA. Par exception, cette rémunération tombe si les reproductions sont réalisées «*lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement*»⁷. En clair, le téléchargement d'œuvres effectué à partir de plateformes en ligne sera exonéré si l'exploitant a déjà réglé les droits de mise à disposition. Comme nous le verrons⁸, cette disposition a pour but d'éviter les doubles paiements⁹.

En matière de «*cloud computing*», une question intéressante est de savoir si l'exception d'usage privé est applicable lorsque le consommateur «*uploade*» sur le serveur central des œuvres qu'il destine à son propre usage. D'après l'art. 19 al. 2 LDA: «*La personne qui est autorisée à effectuer des reproductions pour son usage privé peut aussi, sous réserve de l'al. 3, en charger un tiers; sont également considérées comme des tiers au sens du présent alinéa les bibliothèques, les autres institutions publiques et les entreprises qui mettent à la disposition de leurs utilisateurs un appareil pour la confection de copies*». L'art. 19 al. 3 LDA précise notamment que n'est pas autorisée «*en dehors du cercle de personnes étroitement liées*» (tels des parents ou des amis) «*la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché*»¹⁰. La réserve de l'alinéa 3, à l'art. 19 al. 2 LDA, a été introduite par la nouvelle de 2007. D'après le Message, elle précise que les reproductions confectionnées par des tiers sur commande d'une personne autorisée à utiliser ces copies pour son usage privé sont soumises dans tous les cas aux restrictions prévues par l'art. 19 al. 3 LDA¹¹. La nouvelle de 2007 a aussi complété l'al. 3 par le passage «*en dehors du cercle de personnes étroitement liées*». D'après le Message, cette restriction ne doit pas être comprise localement. «*La confection de copies peut ainsi également se faire en dehors de la sphère privée de la personne qui fait ces copies, mais elle ne doit pas être faite par une personne n'appartenant ni à la parenté ni au cercle*

³ Voir M. RUF, Les usines du nuage, L'Hebdo N° 45 du 10 novembre 2011, 38 ss.

⁴ D. BARRELET/W. EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, 3^{ème} éd., Berne 2008, LDA 10 N 12.

⁵ L. BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, 157 ss; I. CHERPILLOD, Wildwuchs im Internet – Urheberrecht im Clinch, *medialex* 95, 65; B. WITTWEILER, Die kollektive Verwertung im Zeitalter des Information Highway, in: R. Hilty [éd.], *Information Highway*, Berne 1996, 296 ss.

⁶ BARRELET/EGLOFF (n. 4), LDA 10 N 12.

⁷ Art. 19 al. 3^{bis} LDA.

⁸ Cf. chiffre II.2.b) ci-dessous.

⁹ BO CE 2006, 1214, intervention du Conseiller fédéral BLOCHER.

¹⁰ Art. 19 al. 3 lit. a LDA.

¹¹ FF 2006, 3301.

d'amis du destinataire de la copie»¹². Ainsi, d'après le commentaire officiel, la question de savoir si l'art. 19 al. 3 LDA s'applique dépend de la personne qui fait la copie: s'il s'agit du tiers au sens de l'art. 19 al. 2 LDA, la réponse sera affirmative. Elle sera négative dans le cas contraire, même si la copie est localisée ailleurs que dans le cercle privé de la personne qui l'effectue.

En matière de «*virtual personal video recorder*» (vPVR), soit de capacité de stockage offerte par un prestataire (par exemple un câblodistributeur), qui permet à l'utilisateur d'enregistrer un programme de télévision sur un serveur distant à des fins personnelles¹³, le conseiller national Hochreutener a précisé ce qui suit lors des débats au Conseil national: «*Die Programmierung der Speicherung und damit die Herstellung der Kopie wird in beiden Fällen vom Kunden selber vorgenommen. Urheberrechtlich fällt diese Kopie folglich unter den Eigengebrauch gemäss Artikel 19 Absatz 1 litera a des Gesetzes. Die Vergütung für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch ist aber in diesem Fall gemäss Artikel 20 Absatz 2 URG von demjenigen geschuldet, der dem Kunden diese Art von Speicherkapazität zur Verfügung stellt*»¹⁴. Cette intervention faisait écho à celle du Conseiller aux Etats Epiney qui, quant à lui, avait indiqué: «*Je fais simplement une intervention à l'intention de la Commission du Conseil national. Les reproductions confectionnées par des tiers sur commande d'une personne habilitée à utiliser les copies pour son usage privé sont donc autorisées. Mais ces reproductions posent le problème de la rémunération pour l'usage privé selon l'article 20. A mon sens, il faudrait préciser que non seulement les enregistreurs à disque dur chez le client ne donnent pas droit à rémunération, mais également l'enregistrement d'émissions au moyen d'un «Personal Video Recorder». En effet, en vertu du principe d'égalité de traitement, il ne saurait être question de pénaliser l'entreprise qui rend le même service en centralisant les enregistrements par rapport à celle qui les enregistre chez le client par un autre procédé*»¹⁵.

Les débats parlementaires ont donc confirmé la volonté d'assimiler à l'usage privé de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA le cas où une personne, pour son propre usage, reproduit une œuvre au moyen de capacités de stockage mises à disposition par un tiers. Dans un tel cas, la reproduction est possible sans que les limites de l'art. 19 al. 3 LDA ne soient applicables. Elle peut donc porter aussi, notamment, sur la totalité ou l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché. Le Conseiller aux Etats Simon Epiney aurait souhaité que les copies ainsi réalisées ne fassent l'objet d'aucune rémunération¹⁶. Mais le Conseiller national Hochreutener, ultérieurement, a remarqué que le tiers qui met les capacités de stockage à disposition est débiteur d'une redevance selon l'art. 20 al. 2 LDA.

Quelques années plus tard, lorsque les sociétés de gestion ont proposé un tarif couvrant les vPVR, la Commission arbitrale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins a retenu que les copies réalisées par les clients tombaient sous le coup de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA, sans que les limites de l'art. 19 al. 3 LDA ne soient applicables, mais que le tiers ayant mis les capacités de stockage à disposition était tenu de payer une rémunération sur la base des art. 19 al. 2 et 20 al. 2 LDA¹⁷. Cette décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral actuellement pendant, mais elle paraît justifiable sur la base des travaux préparatoires et du texte légal¹⁸. Il faut toutefois rappeler que les restrictions au droit exclusif de reproduction ne sont tolérées par le droit conventionnel international que si elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit¹⁹. Le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA joue un rôle central pour assurer la compatibilité du droit suisse avec le droit international. Il faut en effet assortir les exceptions de l'art. 19 LDA d'une obligation de rémunération, de sorte qu'il ne soit porté

¹² Message du CF, FF 2006, 3301.

¹³ Comme il le ferait sur son propre magnéto. scope.

¹⁴ BO CN 2007, 1203.

¹⁵ BO CE 2006, 1203.

¹⁶ Cela avec la motivation qu'il n'y a pas non plus de rémunération si le particulier reproduit des œuvres sur son propre enregistreur avec disque dur. Mais cet argument tombe à faux puisque, dans un tel cas, il y a bel et bien une rémunération payée par les producteurs et importateurs du support vierge (art. 20 al. 3 LDA).

¹⁷ Décision du 16 décembre 2009 sur le tarif commun 12, consid. 4.

¹⁸ Art. 19 al. 2 et 20 al. 2 LDA. Le TF avait certes constaté que l'art. 19 al. 3 LDA est applicable lorsque l'art. 19 al. 2 LDA entre en jeu (ATF 128 IV 201, consid. 3.5), mais cette jurisprudence n'est pas inconciliable avec la décision de la Commission arbitrale, d'une part parce qu'elle concerne l'ancien droit, d'autre part parce que c'est le tiers qui, en l'espèce, avait confectionné les copies.

¹⁹ Cela découle aussi bien de l'art. 9 al. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, version de Paris du 24 juillet 1971 (RS 0.231.15), que de l'art. 13 ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1.C à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS 0.632.20), dispositions qui ont désormais été reprises par les art. 10 WCT et 16.2 WPPT.

aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits²⁰. Cela implique à notre avis que la redevance ne doit pas être inférieure à ce que les ayants droit auraient pu percevoir sur la base de leur droit exclusif, selon les lois du marché. Si cette condition n'était pas respectée, la restriction du droit exclusif pourrait être contraire au droit international. A notre sens, l'art. 60 LDA est rédigé de manière suffisamment souple pour qu'une telle conséquence puisse être évitée²¹. Si les autorités d'approbation des tarifs devaient toutefois arriver à la conclusion inverse, elles devraient selon nous veiller au respect du droit international en réservant l'application de la licence légale à la reproduction d'extraits²². En d'autres termes, malgré l'interprétation historique de la loi, la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, au moyen de vPVR, tomberait sous le coup du droit exclusif, cela parce que les traités internationaux l'imposent.

Nous pensons que le «*cloud computing*», qui pose des problèmes semblables aux vPVR, doit faire l'objet de la même analyse que ceux-ci. L'acte de «*upload*» réalisé par le particulier est donc une copie privée échappant au droit exclusif de l'auteur, possible aussi si elle porte sur la totalité d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, mais le tiers qui met les capacités de stockage à disposition doit verser une rémunération. Cette dernière, comme à chaque fois qu'il y a une licence légale, ne peut être encaissée que par les sociétés de gestion agréées²³. Toutefois, l'application de la licence légale est subordonnée à la condition que la rémunération soit suffisante pour correspondre aux lois du marché.

c) Principe de la territorialité

Vu la globalisation qu'implique Internet, il n'est pas rare que des copies soient réalisées par des personnes situées en Suisse sur des serveurs placés à l'étranger²⁴, ou, à l'inverse, par des personnes étrangères sur des serveurs localisés en Suisse²⁵. Le «*cloud computing*» posera donc fréquemment la question de la loi applicable. En droit international privé, les droits de propriété intellectuelle sont régis par la loi de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée²⁶. 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 Suisse²⁷. A l'inverse, le droit suisse n'est pas applicable si ces agissements, bien que commis en Suisse, produisent leurs effets exclusivement à l'étranger²⁸.

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. Un fournisseur étranger sera donc débiteur du droit à rémunération prévu par l'art. 20 al. 2 LDA, lorsque son offre permet à des clients suisses de reproduire des œuvres à des fins privées.

²⁰ Voir CH. GASSER, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Berne 1997, 47–48; voir aussi ATF 133 II 263 ss, consid. 7.3.2.

²¹ Voir chiffre III ci-dessous.

²² Cf. Message du CF, FF 1989 III 525.

²³ Art. 20 al. 4 LDA.

²⁴ Tel est le cas lorsque des consommateurs suisses recourent à iCloud, ou aux services de «*cloud computing*» d'Amazon ou de Google.

²⁵ Ce qui n'est pas un cas de figure, vu que la Suisse cumule les avantages pour accueillir ces serveurs, cf. chiffre I ci-dessus.

²⁶ Art. 110 al. 1 LDIP.

²⁷ ATF 92 II 293 ss = JdT 1967 I 622 ss.

²⁸ ATF 122 III 81 ss = JdT 1997 I 228 ss. 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, 73.

2. Le droit de mise à disposition

a) Mise à disposition sans chargement des œuvres par la personne privée

Lorsque la prestation du fournisseur ne consiste pas à mettre à disposition des capacités de stockage, mais à placer lui-même les œuvres dans une banque de données, de telle sorte qu'elles puissent être téléchargées plusieurs fois sur des appareils différents – ou lues au moyen de plusieurs appareils différents –, le droit de l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA est manifestement en jeu. En effet, le fournisseur met les œuvres à disposition de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Cependant, cette manière de distribuer des œuvres multiplie les possibilités de copies privées, puisque les téléchargements peuvent être réalisés sur plusieurs appareils. Ces derniers peuvent comprendre un support d'enregistrement assujéti à la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA²⁹. Dès lors, il faut se poser la question des relations entre la mise à disposition effectuée par le fournisseur et la copie effectuée par la personne privée. Cette question est réglée par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA.

b) L'art. 19 al. 3^{bis} LDA

D'après l'art. 19 al. 3^{bis} LDA: «*Les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article, ni aux droits à rémunération visés à l'art. 20*». Cette disposition, notamment, exonère donc de redevance les reproductions privées réalisées par les utilisateurs d'un service en ligne, à condition qu'elles aient été confectionnées «*lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement*». Dans le projet du Conseil fédéral, l'actuel al. 3^{bis} de l'art. 19 constituait l'al. 5, et le Conseil fédéral Blocher s'est exprimé ainsi à son sujet lors des travaux parlementaires: «*Der neue Artikel 19 sorgt nämlich in Absatz 5 dafür, dass Sie bei individuellen bezahlten Werken ... nicht nochmals eine Bezahlung via Verwertungsgesellschaft machen müssen; das ist der Vorteil. Je mehr individuell bezogen und abgegolten wird, desto tiefer wird nachher der Gesamttarif für die kollektive Verwertung sein; das wird wieder von der Schiedskommission festgelegt*³⁰.» L'art. 19 al. 3^{bis} LDA a donc pour but d'éviter les doubles paiements à charge du consommateur, dans le cas où il télécharge une œuvre à partir d'un magasin en ligne légal. Dans ce cas, le calcul de la redevance prévue par l'art. 20 al. 3 LDA doit tenir compte du paiement déjà effectué par le consommateur en mains du fournisseur en ligne³¹.

L'art. 19 al. 3^{bis} LDA peut être compris de deux manières différentes:

- Soit on admet qu'il résout le conflit entre, d'une part, la licence légale de l'art. 19 LDA et, d'autre part, la licence contractuelle par laquelle l'exploitant du service en ligne autorise l'utilisateur à copier l'œuvre. Cette interprétation aboutit logiquement à exonérer de redevance toutes les copies autorisées par le fournisseur en ligne, pas seulement la première copie réalisée au moment du téléchargement. Cette thèse est soutenue par P.-E. RUEDIN/N. TISSOT³². Elle revient à dire que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'ancien droit, selon laquelle les copies contrôlées par le fournisseur en ligne au moyen de mesures techniques (DRMS) échappent à la redevance pour la copie privée, y compris celles réalisées après le téléchargement³³.
- Soit on admet que l'art. 19 al. 3^{bis} LDA résout le conflit dû au fait que les copies réalisées par les consommateurs peuvent être couvertes par deux droits différents: le droit de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA et le droit à rémunération de l'art. 20 LDA. En effet, dans les services en ligne, le droit de mise à disposition (à charge du fournisseur en ligne) implique néces-

²⁹ Il existe notamment de telles redevances sur les mémoires des lecteurs MP3 (voir le tarif commun 4d des sociétés de gestion) et sur celles des téléphones portables (voir le tarif commun 4e des sociétés de gestion). De plus, un tarif de redevance est actuellement en négociation à propos des mémoires contenues dans les tablettes numériques. Les tarifs en vigueur peuvent être consultés sur le site de SUISA (www.suisa.ch).

³⁰ BO CE 2006, 1214.

³¹ Message du CF, FF 2006, 3302: «*Dans la mesure où l'art. 20 al. 3 LDA ... s'applique aussi aux supports utilisés pour le téléchargement d'œuvres par le biais de services à la demande, il faudra tenir compte de cette restriction du droit à rémunération pour calculer le montant de l'indemnisation*».

³² P.-E. RUEDIN/N. TISSOT, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet, sic! 2008, 417 ss.

³³ ATF 133 II 263 ss, consid. 10.2.

sairement une copie réalisée par le consommateur (durable ou temporaire) pour que ce dernier puisse bénéficier de l'œuvre. Si cette copie était soumise au droit à rémunération, il pourrait donc y avoir un double paiement: une fois par le fournisseur au titre du droit de mise à disposition (cette charge influençant le prix de vente), une autre fois par le biais de la redevance prévue à l'art. 20 al. 3 LDA. L'art. 19 al. 3^{bis} LDA trancherait le conflit, en supprimant la redevance pour la copie privée. Cette thèse aboutit à n'exonérer de la redevance que la copie effectuée au moment du téléchargement, pas les copies subséquentes (c'est-à-dire celles réalisées par le consommateur à partir de la copie téléchargée, par exemple lors d'un transfert sur un autre support). En effet, seule la première copie est la conséquence inévitable de l'exercice du droit de mise à disposition.

Par des décisions du 17 novembre et du 5 décembre 2011³⁴, la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins a opté pour l'exonération de la première copie uniquement, ce qui nous paraît parfaitement justifié. En effet, l'état de fait visé par l'art. 19 al. 3bis LDA résulte clairement du texte de cette disposition: il faut que l'utilisateur consulte des œuvres «*mises à disposition licitement*», c'est-à-dire pour lesquelles l'auteur a eu l'occasion d'exercer son droit de mise à disposition³⁵. La disposition ne dit nulle part que le fournisseur en ligne doit avoir accordé des droits de copie à l'utilisateur. Comme l'a relevé le Conseiller national VISCHER³⁶, l'art. 19 al. 3^{bis} LDA rétablit l'équilibre entre le commerce en ligne et le commerce de supports physiques: l'acquisition d'un produit physique n'est pas soumise au droit d'auteur, on fait donc en sorte que le téléchargement ne le soit pas non plus. Ou encore: celui qui achète un disque dans un magasin peut l'écouter sans devoir confectionner une copie supplémentaire, on fait donc en sorte que l'utilisateur d'un magasin en ligne n'ait pas d'obligation du seul fait qu'il doit obligatoirement confectionner une copie pour bénéficier de l'œuvre. Comme l'indique très clairement le texte de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, ce sont uniquement les copies réalisées *lors de la consultation à la demande* qui sont exonérées³⁷. En d'autres termes, ce sont les copies qu'implique l'exercice du droit de mise à disposition, pas les copies subséquentes réalisées après la consultation. Cet avis est aussi soutenu par W. EGLOFF³⁸, de même que par les commentateurs REHBINDER et VIGANÒ³⁹.

En matière de «*cloud computing*», les possibilités de télécharger automatiquement des contenus sur plusieurs appareils, ou de «*re-download*» (c'est-à-dire de télécharger une nouvelle fois des œuvres acquises précédemment), sont susceptibles de réduire le nombre des copies subséquentes réalisées par les consommateurs. En effet, ceux-ci ont moins de raisons de transférer les œuvres d'un support à l'autre s'ils sont en mesure de les télécharger directement plusieurs fois sur différents appareils. Le «*cloud computing*» pourrait donc à l'avenir accroître l'importance de l'art. 19 al. 3^{bis} LDA pour le calcul des redevances sur les supports vierges.

c) Mise à disposition après chargement des œuvres par les personnes privées

Lorsque les utilisateurs ont chargé eux-mêmes des œuvres dans un serveur central («*upload*»), une prestation importante de l'exploitant du serveur sera d'assurer l'accès à ces œuvres pour lesdits utilisateurs, éventuellement aussi pour des personnes que ces derniers ont désignées (en principe des proches). Il convient de se demander si cette prestation met en jeu le droit de mise à disposition de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA.

Le fournisseur ne fera pas partie du cercle privé de l'utilisateur. A notre avis, l'exception de l'art. 19 LDA ne sera donc pas applicable. D'après le Message du Conseil fédéral en effet, cette exception entre en jeu uniquement si la mise en disposition et l'interrogation interviennent dans l'un des cercles de personnes définis à l'art. 19 al. 1 LDA⁴⁰. Le problème vient plutôt de la définition du droit de mise à disposition. Au niveau international, celui-ci est qualifié de droit de communication au public. Il découle de l'art. 8 WCT⁴¹ qui le définit ainsi: «... les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres [...] y compris la mise à la disposi-

³⁴ Décisions non encore publiées du 17 novembre et du 5 décembre 2011 sur le tarif commun 4e (mémoires des téléphones portables).

³⁵ Art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA.

³⁶ BO CN 2007, 1200.

³⁷ En allemand: «*beim Abrufen*».

³⁸ BARRELET/EGLOFF (n. 4), LDA 19 N 28c.

³⁹ M. REHBINDER/A. VIGANÒ, URG Kommentar, Zurich 2008, LDA 19 N 37.

⁴⁰ Message du CF, FF 2006, 3294.

⁴¹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

tion du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée»⁴². En transposant cette disposition, le législateur suisse a laissé tomber les mots «du public» à l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA. En effet, aux termes du WCT, les parties sont libres de définir quand une mise à disposition d'œuvres est publique et relève, de ce fait, du droit d'auteur⁴³. On peut donc valablement soutenir qu'en droit suisse une mise à disposition est couverte par le droit exclusif de l'auteur, dès lors qu'elle est effectuée par une personne n'appartenant pas au cercle privé du destinataire, cela même si elle s'adresse à une seule personne (et pas à un public)⁴⁴.

Toutefois, lorsque le chargement des œuvres sur un serveur échappe au droit exclusif de reproduction et fait l'objet d'un simple droit à rémunération, une telle conclusion nous semblerait hâtive. En effet, s'agissant des reproductions à des fins d'information et de documentation dans le monde du travail, autorisées d'après l'art. 19 al. 1 lit. c LDA, le Conseil fédéral a précisé qu'une œuvre enregistrée sous forme numérique dans le réseau interne d'une entreprise pouvait aussi être mise à disposition des employés sans autorisation des ayants droit⁴⁵. En d'autres termes, la licence légale l'emporte, car sinon elle deviendrait sans objet. Il nous semble qu'une réflexion semblable doit être faite en cas de «*cloud computing*», lorsque le chargement de l'œuvre est le fait de l'utilisateur et qu'il représente un acte privé autorisé. Selon nous, le droit exclusif de mise à disposition ne sera pas applicable lorsque le fournisseur assure l'accès à cette œuvre en faveur de cette personne privée. Seul le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA sera en jeu.

d) Principe de la territorialité

En revanche, comme nous l'avons vu, le droit de mise à disposition⁴⁶ s'appliquera si le chargement des œuvres dans la banque de données centrale est effectué par le fournisseur. Lorsque ce dernier est situé à l'étranger, se pose alors la question de savoir quand la loi suisse est applicable.

En matière de musique en ligne, les fournisseurs offrent des services fractionnés d'un pays à l'autre, voire ne sont pas présents dans certains Etats. Soit parce qu'ils acquièrent les droits sur les œuvres de manière territoriale, soit parce qu'ils veulent cibler leurs prestations sur certains marchés afin de bénéficier du potentiel publicitaire lié à ces marchés. L'Etat pour lequel est revendiquée la protection des œuvres distribuées, au sens de l'art. 110 LDIP, sera donc à notre avis le pays de réception du service. Celui-ci présente les liens les plus étroits avec la cause⁴⁷. Comme pour les actes de reproduction⁴⁸, 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.

III. Le régime juridique gouvernant les droits

Il est possible qu'une offre de «*cloud computing*» consiste à assurer l'accès à des œuvres chargées sur le serveur tant par l'utilisateur que par le fournisseur⁴⁹. Dans ce cas, le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA et le droit de mise à disposition selon l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA seront applicables cumulativement, si l'offre s'adresse à des utilisateurs situés en Suisse. Une difficulté viendra cependant du fait que ces deux droits font l'objet de régimes juridiques différents.

Le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA ne pourra être exercé que par les sociétés de gestion agréées⁵⁰, c'est-à-dire par celles qui sont autorisées à agir par la Confédération⁵¹. Les sociétés devront préalablement négocier un tarif de redevance avec les associations représentatives

⁴² Dans le domaine des droits voisins, voir l'art. 14 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes du 20 décembre 1996 (WPPT).

⁴³ Message du CF, FF 2006, 3294.

⁴⁴ En revanche, cela n'est pas possible dans les pays où le droit de mise à disposition est qualifié de droit de communication «au public», comme le montre l'affaire américaine «Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.», 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008), voir www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/339edb6_b-4e83-47b5-8caa-4864e5504e8f/1/doc/0_7-1480-cv_opn.pdf.

⁴⁵ Message du CF, FF 2006, 3294. Voir aussi: GASSER (n. 20), 98; dans le même sens I. CHERPILLOD, SIWR II/1, Bâle 1995, 247.

⁴⁶ C'est-à-dire de «communication au public» selon la terminologie des traités internationaux, voir chiffre II.2.c).

⁴⁷ V. SALVADÉ, Services en ligne et violations du droit d'auteur: l'union incertaine de la territorialité et du réseau mondial, *medialex* 2000, 149 s.

⁴⁸ Cf. chiffre II.1.c) ci-dessus.

⁴⁹ Il en est ainsi du service iCloud d'Apple.

⁵⁰ Art. 20 al. 4 LDA.

⁵¹ Conformément aux art. 41 à 43 LDA.

d'utilisateurs, puis le soumettre à l'approbation de la Commission fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins⁵². Le tarif devra satisfaire aux exigences des art. 59 et 60 LDA. En particulier, l'indemnité sera obligatoirement calculée sur la base des recettes obtenues grâce au bien protégé ou, à défaut, sur la base des frais occasionnés par l'utilisation⁵³; elle sera en règle générale plafonnée à 10% pour les droits d'auteur et à 3% pour les droits voisins, sous réserve de dépassement si cela est nécessaire pour qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable⁵⁴. Contre la décision de la Commission arbitrale fédérale relative au tarif, un recours au Tribunal administratif fédéral sera possible⁵⁵, puis un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral⁵⁶. Une fois en vigueur, le tarif liera le juge conformément à l'art. 59 al. 3 LDA. S'agissant de la rétrocession des redevances aux ayants droit, les sociétés de gestion devront établir un règlement de répartition, répondant aux exigences de l'art. 49 LDA et approuvé par l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle⁵⁷.

En ce qui concerne le droit de mise à disposition selon l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA, les ayants droit seront libres de l'exercer eux-mêmes, sans passer par une société de gestion. S'ils choisissent néanmoins de recourir à une telle société, l'activité de celle-ci ne sera pas soumise à la surveillance de la Confédération⁵⁸. Ni les ayants droit, ni les sociétés de gestion, n'auront donc l'obligation d'établir un tarif de redevance au sens de l'art. 46 LDA. La question de la rémunération sera réglée par les différents contrats de licence conclus avec les utilisateurs. Les sociétés de gestion ne seront pas non plus tenues d'établir un règlement de répartition des redevances perçues.

Ces différences dans le régime juridique applicable aux différents droits pourront parfois poser des problèmes pratiques. Par exemple, pour fixer le tarif applicable au droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA, il faudra isoler les recettes ou les frais qui concernent les actes de reproduction réalisés par les consommateurs. Cela ne sera pas forcément évident, si l'offre du fournisseur comprend aussi des aspects de mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA. Il sera certainement nécessaire de procéder parfois à des estimations. Cela ne nous semble toutefois pas forcément problématique, dans la mesure où celles-ci seront contrôlées par les autorités fédérales chargées d'approuver le tarif. On peut aussi imaginer que ce dernier comprenne lui-même des dispositions assurant la coordination avec les redevances versées en application des contrats concernant le droit de mise à disposition⁵⁹.

IV. Conclusion

Même si la Suisse cumule les avantages pour accueillir les puissants serveurs nécessaires à l'informatique en nuage, cela n'a pas forcément d'incidence sur le droit applicable à la propriété intellectuelle. C'est en effet le lieu de situation de la clientèle à laquelle s'adresse l'offre de «*cloud computing*» qui déterminera la loi régissant la protection des œuvres et prestations utilisées⁶⁰. En droit d'auteur suisse, la copie réalisée sur un serveur central par une personne privée, pour son propre usage, sera autorisée par la loi. Elle pourra aussi porter sur l'intégralité d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, mais l'exploitant du serveur sera tenu de payer une redevance d'après l'art. 20 al. 2 LDA⁶¹. Celle-ci sera obligatoirement perçue par les sociétés de gestion agréées. Elle devra être équitable au sens des art. 59 et 60 LDA, mais aussi correspondre à ce que les ayants droit auraient pu percevoir selon les lois du marché, afin que le droit international soit respecté. Cela pourra impliquer un dépassement des 10% et 3% habituels, ce que permet l'art. 60 al. 2 *in fine* LDA.

⁵² Art. 46 et 55 LDA.

⁵³ Art. 60 al. 1 lit. a LDA.

⁵⁴ Art. 60 al. 2 LDA.

⁵⁵ Art. 74 al. 1 LDA.

⁵⁶ Art. 82 ss LTF. Voir TF du 18 mars 2009, 2C_658/2008, consid. 1.1 (= ATF 135 II 172 ss, mais le consid. 1 n'est pas publié).

⁵⁷ Art. 48 al. 1 et 52 al. 1 LDA.

⁵⁸ A notre avis, pas non plus dans le domaine des œuvres musicales non théâtrales. En effet, l'art. 40 al. 1 lit. a LDA ne fait pas référence au droit de mise à disposition. Cette disposition n'a pas été modifiée par la nouvelle de 2007, quand bien même cette dernière a complété l'art. 10 al. 2 lit. c LDA pour mentionner expressément le droit de mise à disposition. Du même avis, quoiqu'avec une autre motivation: BARRELET/EGLOFF (n. 4), LDA 40 N 6a.

⁵⁹ L'enjeu principal sera d'éviter les doubles paiements à charge des fournisseurs.

⁶⁰ Voir chiffres II.1.c) et II.2.d) ci-dessus.

⁶¹ Voir chiffre II.1.b) ci-dessus.

Le droit exclusif de mise à disposition interviendra uniquement lorsque le chargement des œuvres sur le serveur n'est pas le fait d'une personne privée agissant pour son propre compte⁶². Ainsi, par exemple, lorsque la prestation du fournisseur consiste à placer lui-même les œuvres dans une banque de données, de telle sorte qu'elles puissent être téléchargées ou lues au moyen d'appareils différents. Ce genre d'offres, parce qu'elles augmentent le nombre de copies réalisées à partir de magasins en ligne légaux, et donc la déduction prévue par l'art. 19 al. 3^{bis} LDA, pourraient avoir à terme une influence sur le calcul des redevances pour la copie privée⁶³. Au surplus, les ayants droit pourront exercer eux-mêmes le droit de mise à disposition et la teneur des licences y relatives sera laissée à la liberté contractuelle.

Les régimes juridiques différents qui gouvernent le droit à rémunération de l'art. 20 al. 2 LDA, d'une part, et le droit de mise à disposition selon l'art. 10 al. 2 lit. c *in fine* LDA, d'autre part, poseront certaines difficultés en pratique, pour les offres qui mettent en jeu les deux droits⁶⁴. La résolution de ces difficultés sera laissée aux sociétés de gestion dans le cadre de leurs travaux tarifaires, de même qu'aux autorités d'approbation des tarifs (Commission arbitrale et tribunaux fédéraux).

De tels tarifs n'existent pas à l'heure actuelle. De fait, il paraît nécessaire d'attendre encore un peu et d'observer les offres de «*cloud computing*», pour savoir si elles évolueront plutôt dans le sens de la copie privée ou plutôt dans celui de la mise à disposition. Le nuage n'est qu'en formation et l'on ne sait pas encore le temps qu'il fera demain...

Résumé

Grâce à l'informatique en nuage («cloud computing»), des œuvres sont placées sur des serveurs distants et les utilisateurs peuvent y accéder au moyen de plusieurs appareils.

Une interprétation historique de la loi conduit à admettre qu'une personne privée peut librement charger des œuvres protégées sur un serveur exploité par un tiers, pour son propre usage, même si la copie porte sur la totalité ou l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché. Ce résultat n'est toutefois conforme au droit international que si l'auteur peut obtenir une rémunération correspondant à ce qu'il aurait pu percevoir sur la base de son droit exclusif. A notre avis, le droit suisse permet une telle rémunération. Toutefois, si les autorités d'approbation des tarifs devaient aboutir à une autre conclusion, elles devraient considérer que la licence légale s'applique seulement à la reproduction d'extraits d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, cela afin que les traités internationaux soient respectés.

Le droit exclusif de mise à disposition entrera en jeu lorsque la reproduction sur le serveur n'est pas le fait d'une personne privée agissant pour son propre compte. La tendance actuelle d'augmenter l'accessibilité aux œuvres, en permettant le téléchargement sur plusieurs appareils différents, est susceptible d'influencer le calcul des redevances sur les mémoires de ces appareils. En effet, l'art. 19 al. 3bis LDA interviendra plus fréquemment.

Du point de vue du droit international privé, la loi applicable sera celle du lieu de situation de la clientèle à laquelle s'adresse l'offre de «cloud computing». En particulier, le lieu de situation du serveur ne sera pas déterminant.

Les services basés sur l'informatique en nuage mettront parfois en jeu aussi bien le droit exclusif de mise à disposition que le droit à rémunération pour la copie privée. Cela pourra poser certains problèmes en pratique, car ces deux droits suivent des régimes juridiques différents. Il appartiendra aux sociétés de gestion de résoudre ces difficultés dans leurs futurs travaux tarifaires, étant précisé que les solutions seront contrôlées par les autorités d'approbation des tarifs.

⁶² Voir chiffres II.2.a) et II.2.c) ci-dessus.

⁶³ Voir chiffre II.2.b) ci-dessus.

⁶⁴ Voir chiffre III ci-dessus.

Zusammenfassung

Beim «cloud computing» werden Werke auf entfernten Servern gespeichert, auf die die Nutzer mittels mehrerer Apparate Zugriff haben. Eine historische Auslegung des Gesetzes führt zur Annahme, dass eine Privatperson befugt ist, geschützte Werke zu ihrem Privatgebrauch auf einem von einer Drittperson betriebenen Server zu speichern, auch wenn es sich um eine vollständige Kopie eines auf dem Markt erhältlichen Werkexemplars handelt oder um einen wesentlichen Teil davon. Diese Auslegung entspricht dem internationalen Recht nur dann, wenn der Urheber eine Vergütung in dem Betrag erhält, welcher der normalen Verwertung seines ausschliesslichen Rechts entspricht. Unserer Ansicht nach lässt Schweizer Recht eine solche Vergütung zu. Kommen die Behörden, die Tarife genehmigen, jedoch zu einem anderen Schluss, müssen sie, um die internationalen Abkommen einzuhalten, berücksichtigen, dass die gesetzliche Lizenz ausschliesslich für die Vervielfältigung von Auszügen von auf dem Markt erhältlichen Werkexemplaren gilt.

Das ausschliessliche Recht auf Zugänglichmachung ist dann von Bedeutung, wenn die Vervielfältigung auf dem Server nicht von einer Privatperson zu ihrem Eigengebrauch vorgenommen wird. Die aktuelle Tendenz, den Zugang zu Werken laufend dadurch zu erhöhen, dass sie auf mehrere verschiedene Apparate heruntergeladen werden dürfen, könnte auf die Höhe der Vergütungen auf Speichermedien einen Einfluss haben. Art. 19 Abs. 3^{bis} URG wird nämlich häufiger zur Anwendung gelangen.

Was das internationale Privatrecht betrifft, so findet das Recht des Ortes Anwendung, an dem sich die Kunden des Cloud computing befinden. Namentlich spielt der Ort des Servers keine Rolle.

Im Zusammenhang mit den auf dem Cloud computing basierenden Diensten werden sowohl das ausschliessliche Recht auf Zugänglichmachung als auch das Recht auf Vergütung für Privatkopien eine Rolle spielen. Dies kann in der Praxis zu Problemen führen, da diese beiden Rechte rechtlich unterschiedlich zu handhaben sind. Die Verwertungsgesellschaften werden künftig bei der Festsetzung von Tarifen diese Schwierigkeiten lösen müssen, wobei die Lösungen von den Genehmigungsbehörden zu kontrollieren sind.