

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'existe pas encore de définition légale, juridique voire jurisprudentielle du phénomène « cloud ». Les professionnels se reportent généralement à la définition donnée par le NIST.

Pour le NIST, le *National Institute of Standards and Technology*, le *cloud computing* est l'accès via le réseau internet, à la demande et en libre service à des ressources informatiques virtualisées et mutualisées.

„NIST is the federal technology agency that works with industry to develop and apply technology, measurements, and standards“.

Il y a donc, selon le NIST, **plusieurs éléments** au *cloud computing* :

- l'obligation d'avoir un accès broadband ;
- les services sont offerts à la demande et de manière automatique dorénavant (l'allocation des espaces nécessaires est automatique) ;
- généralement, c'est en libre service et délivrable dans la minute ;
- le cloud concerne l'accès à des ressources informatiques (des servers, des applications, des plateformes) ;
- les ressources sont mutualisées. Autrement dit, il s'agit de données des espaces/applications mis à disposition des clients uniquement quand ils en ont besoin. Dès lors, les ressources non utilisées peuvent être attribuées à d'autres personnes pendant ce temps-là. Ce que nous achetons avec le *cloud*, ce sont des possibilités d'espaces/d'applications que nous pouvons utiliser si nous le désirons.

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

= en quoi le "cloud" peut-il mettre en cause le droit d'auteur? (la relation entre le « phénomène technique » et le « droit »)

Le *cloud* (comme internet en général comme il en est une application) utilise pleinement les deux notions du droit d'auteur que sont le droit de reproduction et le droit de communication au public (appelé droit de représentation en France) et son droit de mise à disposition.

Toutefois, il existe toujours des exploitations qui n'utilisent pas le *cloud*/internet comme la télédistribution par exemple.

CONFIDENTIEL

- 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 ?

Voir fichier Excel sur la liste des services belges.

Les applications vont pleuvoir dans les années à venir particulièrement au vu des avantages ou des inconvénients du *cloud*. Un récent rapport français prévoit une explosion du chiffre d'affaires lié à l'informatique dans les nuages, aux affaires réalisées via internet. En effet, pour l'année 2012, le marché du *cloud computing* est estimé à environ 42 milliards de dollars. 80 % des services du *cloud computing* relèvent du secteur des logiciels.

Les prochaines plateformes vont aussi inclure du *cloud gaming* afin de poursuivre les jeux où que nous soyons (http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/06/08/le-cloud-gaming-laboratoire-de-modeles-economiques_1714047_651865.html)

Dans l'ensemble, 90% des internautes se disent intéressés par le stockage à distance, selon une toute nouvelle étude du cabinet Pricewaterhouse Coopers. Seul problème, seuls 30% des personnes interrogées seraient prêtes à payer pour cet hébergement.

Question : certaines applications comme la VOD consultable à distance sont-elles réellement du cloud ? Ces contenus en VOD (qui n'est juste que du streaming avec clef d'accès pendant un certain délai) ne deviennent aucunement la propriété du client.

Le *cloud* dans son aspect infrastructure apparaît indispensable dans les opérations nécessitant beaucoup de mémoire ou de calculs mais qui sont des opérations uniques, one shot.

Vont rester les questions relatives à la confidentialité du service (un avocat peut-il y mettre ses conclusions) et à sa fiabilité... (ainsi que celles, fondamentales mais non traitées ici, relatives au respect des règles relatives au traitement des données à caractère personnel).

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

De la même manière qu'internet revêtira de plus en plus d'importance pour le droit d'auteur dans les prochaines années, le *cloud* y grandira en importance également.

Ce sera surtout le cas à partir du moment où nous serons tous connectés en permanence, où nous posséderons tous un smartphone qui nous permettra d'échanger et de communiquer avec les autres en permanence. Il faudra aussi que chacun accepte la numérisation de ses contenus ainsi que leur copie à distance et non plus chez soi.

A ce moment-là, le *cloud* et internet seront d'une importance capitale pour tous.

La propriété littéraire et artistique est concernée au premier chef par la mise à disposition d'infrastructures, dont la location d'espace de stockage en ligne fait partie, et par la mise à disposition de logiciels, notamment de lecture de contenus.

Toutefois, les soucis de confidentialité et de protection de la vie privée devraient pendant quelques temps encore bloquer l'émergence de ces services.

CONFIDENTIEL

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 » ?

Si nous prenons le terme *cloud* dans une **interprétation stricte**, non, nous ne possédons pas encore de jurisprudence ou d'exemples de bonnes pratiques en la matière. C'est beaucoup trop tôt. Nous ne parlons du *cloud* en Belgique d'une manière publique que depuis un an.

Si nous considérons le terme *cloud* dans une **interprétation plus large** comme englobant les usages en général sur internet, alors, oui, nous pouvons considérer que nous possédons quelques exemples de jurisprudence ou de bonnes pratiques.

Exemples de bonnes pratiques (accords)

En Belgique, les services de musique comme Deezer ou Spotify ont un accord avec la Sabam. De même, YouTube et DailyMotion ont un accord avec la Scam/SACD française pour les contenus audiovisuels.

Jurisprudence

La jurisprudence qui pourrait s'en rapprocher (dans une interprétation large du terme *cloud*) le plus est la jurisprudence développée dans le contexte des **B.B.S.** (ou « Bulletin Board System ») ou des **affaires ThePirateBay** (pour la mise à disposition de liens illicites) ou encore l'affaire **Google News** en Belgique voire au **niveau européen** différents arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

- **Cour d'appel d'Anvers du 28 février 2002 (B.B.S.)** : l'art. 11 de la loi du 30 juin 1994 transposant en Belgique la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la **protection juridique des programmes d'ordinateur (Moniteur belge du 27 juillet 1994)** punit pénalement le délit de contrefaçon consistant à mettre en circulation ou à détenir à des fins commerciales une copie d'un programme d'ordinateur en sachant que cette copie est illicite ou en ayant des raisons de le croire. Sur la base de cette disposition, la Cour d'appel d'Anvers a condamné l'exploitant d'un « **Bulletin Board System** » qui avait mis en circulation des copies illégales de logiciels. Les fichiers illégaux n'avaient pas été « uploadés » par l'exploitant du B.B.S. mais par des tiers. La Cour d'appel a cependant malgré tout estimé que la mise à disposition des fichiers même s'ils ont été placés sur le B.B.S. par des tiers à d'autres tiers

qui pouvaient les télécharger répond bien à la notion de « mise en circulation » prévue par la loi sur la protection des programmes d'ordinateur. La Cour retint que cette mise à disposition s'était faite à « des fins commerciales » car le B.B.S. se présentait sous la forme d'un « marché d'échange » des logiciels ;

- **Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 26 septembre 2011** : où la Cour a conclu que c'étaient bien les internautes qui commettaient des violations en masse des droits défendus par la BEA grâce aux logiciels de P2P. La Cour reconnaît que les FAI ici en cause (Telenet et Belgacom, pas VOO) n'étaient pas les auteurs des contrefaçons. Toutefois, poursuit la Cour, l'article 87, § 1^{er}, al. 2 de la LDA permet au juge en cessation d'agir à l'encontre d'un intermédiaire dont on utilise les services pour commettre des infractions à la LDA (le juge de première instance avait rejeté l'action de la BEA). En cause bien sûr l'exemption de responsabilité de la directive e-commerce pour les intermédiaires sur internet. Les FAI ici en cause ont prétendu que bloquer l'accès à **ThePirateBay** en Belgique aux abonnés belges reviendrait à appliquer une obligation de contrôle généralisée, interdite par la directive e-commerce. Les FAI ont aussi prétendu que c'était techniquement impossible et que ce blocage irait à l'encontre de la liberté d'expression. Ils ont aussi prétendu que ce blocage empêcherait également les activités légales que les internautes feraient avec ThePirateBay. La cour va considérer que l'exemption de responsabilité de la directive e-commerce n'est pas un obstacle à l'application à l'égard des FAI d'une action en cessation demandant le blocage de certains sites internet car la BEA ne demande pas à ce que la cour reconnaisse les FAI responsables des contenus qui existent sur ThePirateBay et qui transitent via leurs canaux. De plus, selon la cour, le fait pour les FAI d'implémenter ce blocage ne leur impose pas une obligation de contrôle généralisée.

A propos des usages permis via ThePirateBay (les copies pour usage privé), la Cour va dire que :

« dient te worden opgemerkt dat dit niet geldt voor het ter beschikking stellen van de werken aan andere deelnemers via het peer-to-peernetwerk (directe uitwisseling tussen computers van individuele internetgebruikers) ».

“il faut remarquer que cela ne vaut pas pour la mise à disposition d'oeuvres à d'autres utilisateurs par l'intermédiaire de réseaux de P2P (qui effectuent des échanges directes entre les ordinateurs d'utilisateurs d'internet)”

La cour va poursuivre qu'elle peut donc imposer des mesures de blocage aux FAI car ils sont le mieux placés pour empêcher les copies illicites via les

services de P2P style ThePirateBay et que cette mesure n'est nullement disproportionnée.

La cour va analyser les deux mesures de blocage possibles : au niveau du DNS ou au niveau de l'adresse IP de l'internaute. La BEA considère que le blocage au niveau du DNS ne fournirait qu'une solution partielle et que pour avoir une solution sur le long terme, il faut implémenter les mesures de blocage au niveau des adresses IP personnelles.

La cour reconnaît qu'il n'existe aucune mesure de blocage infaillible et procurant une solution sur le long terme. Il faut aussi que la solution soit techniquement possible pour les FAI.

Pour ces raisons, la cour va choisir le blocage au niveau du DNS mais uniquement pour 11 extensions de ThePirateBay et donc pas n'importe lesquelles ni celles qui pourraient apparaître dans le futur outre ces 11 ;

- **Cour d'appel de Bruxelles du 5 mai 2011 (affaire Google News)** : La Cour d'appel de Bruxelles a considéré que pour effectuer les reproductions des pages internet (ou autres) dans son cache (différent du caching de la directive e-commerce car le cache de Google n'est pas temporaire), Google devait également obtenir l'autorisation des ayants droit ;
- **Les arrêts de la CJUE en cause Sabam (et Netlog et Tiscali)** où la Cour a refusé un filtrage généralisé à l'avantage des membres de la Sabam ainsi que l'**arrêt Airfield** du 13 octobre 2011. Dans le cadre de ce dernier arrêt (qui concernait des communications au public via satellite), la Cour a déterminé qui faisait l'acte de communication au public. En l'espèce, il peut s'agir soit de la chaîne de télévision concernée soit du fournisseur de bouquet satellitaire, soit encore des deux parties ensemble. Si on considère que c'est l'une des parties, dans ce cas-là, l'autre en devient juste un sous-traitant. On pourrait aussi considérer que l'acte de communication au public est réalisé par les deux parties lorsque le fournisseur de bouquet satellitaire ajoute un public de la chaîne de télévision (d'un point de vue géographique ou aussi grâce à la technologie qu'il utilise qui élargit le public originel de la chaîne de télévision). Par analogie, dans le cloud par rapport à l'arrêt Airfield, on devrait se demander qui fait l'acte de communication au public (voire de reproduction) dans le cas où le service de stockage dans les nuages comporte une possibilité de partage. Le fournisseur du service dans le nuage ou le client ? Ou les deux dans le cas où le fournisseur de service élargit le public originellement visé par le client ? De même, on devrait se demander qui permet l'acte de récupération (si possibilité de partage encore ou si le service permet la récupération des données sur d'autres appareils du client ou de ses connaissances), le fournisseur de services dans les nuages ou le client ? Par rapport à l'accès, il faut se poser les mêmes questions en sachant que l'accès recouvre plusieurs services/possibilités comme le simple

visionnage ou la récupération des données. Si on applique les principes développés par la CJUE dans le cadre de l'arrêt Airfield, ne pourrait-on pas considérer que tant que le fournisseur du service se borne à n'être qu'un pur intermédiaire technique (un sous-traitant de son client en quelque sorte), c'est le client qui réalise la communication au public et c'est dès lors au client à obtenir l'autorisation des titulaires de droits lorsqu'il communique des œuvres protégées et non de simples œuvres personnelles? Le fournisseur du service dans les nuages devrait obtenir l'autorisation des titulaires de droits lorsqu'il ajoute un public à la communication originellement réalisée par son client. Ce point est à fortement tenir à l'oeil;

- **Arrêt de la Cour de cassation belge du 27 mai 2005 (l'arrêt « copycenter »)** où la cour a jugé :

« Dat, derhalve, kopieerder blijft in de zin van de Auteurswet, degene die de kopie materieel vervaardigt, dan wel daartoe opdracht geeft, ook wanneer de kopie in een "copycenter" wordt vervaardigd door middel van een ter beschikking gesteld apparaat ».

“ Que, dès lors, la personne qui copie reste dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur celui qui réalise/produit la copie, également dans le cas où elle a donné instruction pour réaliser la copie. Ceci est également le cas lorsque la copie a été réalisée dans un copycenter au moyen d'appareils qui ont été mis à la disposition afin de réaliser la copie.”

Ces considérations rejoignent celles développées dans le cadre de la question suivante sur la détermination de la personne responsable de la mise à disposition de contenus (non autorisés) dans l'environnement « cloud" (surtout mes considérations par rapport à l'arrêt Airfield).

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 faut ici analyser s'il existe de la jurisprudence concernant soit les **particuliers** qui placent des contenus non autorisés sur le *cloud*/internet (qui le « uploadent »), soit les **opérateurs qui recueillent** ce contenu non autorisé, soit les **opérateurs/entreprises qui font transiter** ce contenu non autorisé ou qui y donnent accès.

Concernant les particuliers et les hébergeurs

A ma connaissance, je n'en connais pas à moins de reprendre, par analogie, les exemples *ThePirateBay* (mais qui concernent plus la question de la source de la copie) et eBay et autres.

Concernant les mere transits et les FAI

Il s'agit de reprendre ici une analyse de la jurisprudence Sabam (Tiscali et Netlog) de la CJUE.

Services de stockages à distance

Nous pourrions aussi considérer que l'opérateur de service pourrait être poursuivi. En effet, c'est en quelque sorte lui qui réalise/contribue à la communication au public. Il pourrait être poursuivi pour complicité à la fourniture de moyens techniques avec l'intention de nuire (Code pénal belge).

- 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 » ?

Il n'y a **pas de jurisprudence** concernant ce sujet.

CONFIDENTIEL

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

Les Traités de l'OMPI de 1996 ont été implémentés en Europe via la directive de 2001.

Les Traités concernaient l'évolution du droit d'auteur à l'heure des nouvelles technologies et donc d'internet. Ils sont technologiquement neutres.

Nous ne pensons pas qu'il faille modifier les traités suite à l'apparition du phénomène de l'informatique dans les nuages (l'infonuagique comme disent les Français). En effet, les traités de l'OMPI ont été écrits afin de gérer les droits d'auteur dans le monde numérique, dans le monde d'internet. Et le cloud n'est qu'une des facettes de ces utilisations. Il serait faux de croire que le cloud révolutionne le droit d'auteur.

CONFIDENTIEL

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 ?

Voir fichier Excel (« 20120620-Alai 2012-Liste de sites belges »).

Nommons déjà iTunes avec iCloud et iMatch essentiellement. Spotify. Deezer. Simfy. Soundcloud. Grooveshark.

Ainsi que YouTube et DailyMotion si on prend le terme cloud dans une interprétation large.

Et onlive.be : jeux en ligne.

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

Chansons. Films et autres contenus audiovisuels si on choisit d'y inclure YouTube et DailyMotion. Livres si on y inclut Google Books. En quelque sorte, même le moteur de recherche de Google est du cloud puisque il permet une recherche de résultats instantanés, à la demande et via des applications de calculs disposées dans des servers à distance. Photos avec Picasa ou Flickr. Jeux avec onlive.be.

CONFIDENTIEL

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

Il s'agit ici d'envisager la relation existante entre les **ayants droit** et les **opérateurs** de ces différents services.

Pour le savoir exactement, il faudrait pouvoir lire les conventions conclues entre les ayants droit et ces services. Toutefois, ces **conventions sont extrêmement confidentielles** (Apple a refusé de répondre aux questions des ayants droit en France).

Nous ne pouvons dès lors que supposer que :

- par rapport aux **services de musique en ligne sous forme de streaming** (Deezer et Spotify), les ayants droit (producteurs et Sabam en Belgique) ont transféré (licencé) les **droits nécessaires** (droit de reproduction et de communication au public¹) afin de permettre/de mettre à la disposition des internautes les différents contenus dans le cadre d'un **service** bien défini (de nos jours, ce ne sont plus les droits concédés qui sont extrêmement bien définis dans les différentes conventions mais bien les services offerts);
- pour les **espaces de stockage**, il n'existe actuellement aucune licence entre ces opérateurs et les ayants droit. Mais est-ce possible ? Car, ce ne sont pas les espaces qui stockent du contenu mais les internautes. Et les espaces pourrions-nous considérer les services de stockage en ligne comme des hébergeurs selon l'art. 14 de la directive ? voire comme de simples fournisseurs de services, de simples intermédiaires ? il s'agit de LA question la plus importante concernant ces services, celle de la qualification juridique de leur(s) activité(s).

¹ Un peu comme au cinéma où les producteurs auraient permis à Apple de copier une copie des chansons que toute personne ayant un abonnement avec Apple pourrait voir.

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

Il s'agit maintenant d'envisager les relations entre les opérateurs de ces services et les usagers de ces services.

Il faut lire les conventions générales d'usages de ces services pour le savoir et pour connaître aussi les droits que les usagers concèdent, en retour et à travers des véritables contrats d'adhésion, à ces opérateurs de services.

En ce qui concerne les **services de musique en ligne en streaming**, ces services ne cèdent à tous leurs utilisateurs que des droits temporaires : un droit de reproduction temporaire (et de communication temporaire si on considère que le streaming est de la communication et de la reproduction temporaire) leur permettant d'écouter dans leur cadre familial (en tout cas, dans les limites des CGU de ces services) la musique stockée dans les serveurs de ces opérateurs.

Pour leurs utilisateurs *premium*, ces opérateurs leur transfèrent aussi un droit de reproduction plus permanent en ce sens qu'ils peuvent aussi écouter les morceaux *off line* mais toujours pour écouter cette musique dans un cadre familial. Cet usage a été développé afin de permettre à ces utilisateurs premium d'écouter aussi leur musique même lorsqu'ils se trouvent dans des endroits à la couverture internet déficiente ou inexistante.

Toutefois, rappelons qu'il sera impossible pour ces services de surveiller l'usage qui est fait des services par les utilisateurs.

En ce qui concerne les **espaces de stockage**, ces opérateurs ne transfèrent aucun droit aux utilisateurs puisqu'ils pourraient se considérer juste comme des hébergeurs ou de simples fournisseurs de services. Souvent, il y a des limites d'usage (appareils pour iCloud 10) imposés par le service.

En ce qui concerne les **services mixtes** comme Grooveshark, l'utilisateur peut télécharger sa musique et la faire partager aux autres. Mais, pour ce faire, Grooveshark est pourvu d'un système de reconnaissance de fichiers musicaux.

- 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 ?

Chiffres : voir fichier Excel « 20120620-Alai 2012-Liste de sites belges ».

Montants des revenus perçus par les auteurs : voir la Sabam et la Scam/SACD en Belgique ainsi que les producteurs correspondants.

CONFIDENTIEL

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

Rappelons que les MTP et les DRM liés à ces services sont imposés par les majors dans le cadre des négociations. Les majors lient toujours leur accord pour un développement d'une offre légale à l'ajout de MTP et de DRM. Ceci afin de limiter un maximum les reproductions et les usages illicites.

On l'a vu avec Grooveshark par exemple, impossible de télécharger un contenu protégé.

iTunes possédait auparavant des DRM rendant impossible une certaine utilisation des fichiers téléchargés (FairPlay). Apple privilégie dorénavant de vendre de la musique mais sans DRM depuis 2009. Apple distribue ces contenus audiovisuels avec des DRM.

<http://fr.wikipedia.org/wiki/FairPlay>

iTunes fonctionne toujours avec des mesures sur l'information des droits que nous pouvons modifier lorsque l'on utilise iTunes.

Les services de musique en ligne ne proposent généralement que du streaming. Il accompagne ce streaming de mesures nous empêchant de tenter quand même de copier le contenu.

CONFIDENTIEL

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

Les DRM sont protégées par l'intermédiaire de notre article 79bis Le régime des droits est lui protégé via les dispositions de l'article 79ter de la LDA.

A. Analyse de ces deux dispositions

1. Article 79bis (DRM)

Cet article permet de sanctionner conformément aux articles 81 et 83 à 86 de la loi belge sur le droit d'auteur et les droits voisins du 30 juin 1994 (LDA) toute personne qui contourne une mesure technique efficace lorsque cette personne le sait ou a des raisons valables de le penser (qu'elle contourne une mesure technique efficace) et lorsque cette personne sait ou a des raisons valables de penser que le contournement qu'elle effectue peut faciliter la commission d'infractions visées à l'article 80 de la LDA (le délit de contrefaçon).

Cette disposition précise aussi que le contournement des mesures techniques est réputé faciliter la commission du délit de contrefaçon de l'art. 80.

A côté de la personne qui contourne elle-même les MTP, la loi permet de sanctionner toute personne qui fabrique, importe, distribue, vend, loue, fait de la publicité en vue de la vente ou de la location, ou possède à des fins commerciales des dispositifs, produits ou composants, ou preste des services qui :

1° font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou
2° n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou
3° sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace.

Par mesure technique, la loi entend « *toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter en ce qui concerne les oeuvres ou prestations, les actes non autorisés par les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins* ».

La loi ne veut protéger que les mesures techniques qui sont réellement efficaces. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une oeuvre ou d'une prestation est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'oeuvre ou de la prestation ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

A partir de la loi publication de la loi (depuis 2005 autrement dit), les ayants droit doivent prendre, dans un délai raisonnable, des mesures volontaires adéquates, y compris des accords avec les autres parties concernées, afin de fournir à l'utilisateur d'une oeuvre ou d'une prestation, les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions prévues à l'article 21, § 2 (exception d'anthologie), à l'article 22, § 1er, 4° (reprographie), 4°*bis* (reprographie enseignement), 4°*ter* (exception enseignement numérique-reproduction), 4°*quater* (exception enseignement numérique-communication au public), 8° (exception reproduction patrimoine), 10° (enregistrements éphémère organismes de radiodiffusion), 11° (handicap), et 13° (établissements hospitaliers), à l'article 22*bis* (bases de données), § 1er, alinéa 1er, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°*bis*, 3°*ter*, 7°, 9°, 10° et 12°, lorsque celui-ci a un accès licite à l'oeuvre ou à la prestation protégée par les mesures techniques.

Ces exceptions sont dites privilégiées car les MTP des ayants droit ne peuvent en bloquer l'accès.

Le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, peut, aux conditions qu'il fixe, étendre aux articles 22 § 1er, 5° (exception copie privée-droit d'auteur), et 46, 4° (exception copie privée-droits voisins), la liste des dispositions visées à l'alinéa 1er dès lors que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des oeuvres ou des prestations, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit.

L'exception de copie privée a donc un statut différent en Belgique. En effet, dans le cadre des textes existants, les ayants droit peuvent placer des **DRM bloquant l'exercice de la copie privée**. Il faut une **intervention du Roi** pour que l'exception de copie privée passe dans le champ des exceptions privilégiées de l'art. 79*bis*, §2 de la LDA. A ce moment-là, les ayants droit devront prendre « dans un délai raisonnable » des mesures volontaires adéquates y compris des accords avec les autres parties concernées afin de fournir à l'utilisateur de l'oeuvre ou de la prestation les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier de l'exception pour copie privée.

Ce point doit être lu en parallèle avec l'art. 23*bis* de la LDA qui dispose que lorsqu'il s'agit d'oeuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, les exceptions qui sont normalement d'ordre impératif ne le sont plus.

Dans un environnement *on-demand*, on peut donc **déroger à toutes les exceptions** de la LDA y compris à la reprographie et à la copie privée.

Ce point est d'ailleurs rappelé au paragraphe 3 de cet article:

„Le § 2 ne s'applique pas aux oeuvres et prestations qui sont mises à la disposition du public à la demande selon des dispositions contractuelles entre parties, de manière

que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. § 4. Les mesures techniques de protection visées au § 1er ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des oeuvres et prestations protégées d'utiliser ces oeuvres et prestations conformément à leur destination normale".

Enfin, le dernier paragraphe de cet article précise lui que :*" Les mesures techniques de protection visées au § 1er ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des oeuvres et prestations protégées d'utiliser ces oeuvres et prestations conformément à leur destination normale"*. Toutefois, la Loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par „destination normale“.

Les utilisateurs peuvent faire valoir leur droit en justice grâce à l'article 87bis dans le cas où les ayants droit leur bloquent, par des mesures techniques efficaces, l'accès à leurs exceptions dites privilégiées.

NB : La Cour constitutionnelle belge a validé l'art. 79bis, § 1^{er}, 2° dans un arrêt du 12 novembre 2009 (arrêt 182/2009).

2. Régime des droits (art. 79ter)

On entend par „information sur le régime des droits“: *„toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'oeuvre ou la prestation, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne également les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre ou de la prestation ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations“.*

L'art. 79ter va permettre de sanctionner conformément aux articles 81 et 83 à 86 de la LDA toute personne qui accomplit sciemment et sans autorisation:

1° la suppression ou la modification de toute information sur le régime des droits se présentant sous forme électronique, et

2° la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à disposition du public des oeuvres ou prestations, et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation,

Il faut aussi que cette personne ait su ou ait eu des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.

B. Texte de ces articles

Article 79bis

79bis§ 1. Toute personne qui contourne toute mesure technique efficace, en le sachant ou en ayant des raisons valables de le penser et en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que ce contournement peut faciliter la commission d'infractions visées à l'article 80, est coupable d'un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86. Le contournement des mesures techniques appliquées, conformément ou en vertu du présent article ou conformément à l'article 87bis, § 1^{er}, est réputé faciliter la commission des infractions visées à l'article 80.

Toute personne qui fabrique, importe, distribue, vend, loue, fait de la publicité en vue de la vente ou de la location, ou possède à des fins commerciales des dispositifs, produits ou composants, ou preste des services qui :

- 1° font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou
- 2° n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou
- 3° sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace, est coupable d'un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86.

Les dispositions du livre Ier du Code pénal, y compris le chapitre VII et l'article 85, sont applicables aux délits visés aux alinéas 1^{er} et 2.

On entend par « mesures techniques » : toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter en ce qui concerne les œuvres ou prestations, les actes non autorisés par les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins.

Les mesures techniques sont réputées efficaces au sens des alinéas 1^{er} et 2 lorsque l'utilisation d'une œuvre ou d'une prestation est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de la prestation ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

§ 2. Les ayants droit prennent dans un délai raisonnable des mesures volontaires adéquates, y compris des accords avec les autres parties concernées, afin de fournir à l'utilisateur d'une œuvre ou d'une prestation, les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions prévues à l'article 21, § 2, à l'article 22, § 1^{er}, 4°, 4°bis, 4°ter, 4°quater, 8°, 10°, 11°, et 13°, à l'article 22bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°bis, 3°ter, 7°, 9°, 10° et 12°, lorsque celui-ci a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée par les mesures techniques.

Le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, peut, aux conditions qu'il fixe, étendre aux articles 22 § 1^{er}, 5°, et 46, 4°, la liste des dispositions visées à l'alinéa 1^{er} dès lors que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres ou des prestations, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit.

§ 3. Le § 2 ne s'applique pas aux œuvres et prestations qui sont mises à la disposition du public à la demande selon des dispositions contractuelles entre parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

§ 4. Les mesures techniques de protection visées au § 1^{er} ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées d'utiliser ces œuvres et prestations conformément à leur destination normale.

Article 79ter

§ 1. Toute personne qui accomplit sciemment et sans autorisation, un des actes suivants :

- 1° la suppression ou la modification de toute information sur le régime des droits se présentant sous forme électronique, et
- 2° la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à disposition du public des œuvres ou prestations, et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation, en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte

à un droit d'auteur ou à un droit voisin, est coupable d'un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86.

Les dispositions du livre Ier du Code pénal, y compris le chapitre VII et l'article 85, sont applicables à ce délit.

§ 2. Au sens du présent article, on entend par « information sur le régime des droits », toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou la prestation, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne également les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou de la prestation ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations.

Section 3bis. - Actions relatives à l'application des mesures techniques de protection. <inséré par L 2005-05-22/33, art. 29 ; **En vigueur** : 27-05-2005>

Art. 87bis.

§ 1. Nonobstant la protection juridique prévue à l'article 79bis, le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, sont compétents pour constater toute violation de l'article 79bis, §§ 2 et 4 et, selon le cas :

1° soit enjoindre aux ayants droit de prendre les mesures nécessaires permettant aux bénéficiaires des exceptions prévues à l'article 21, § 2, à l'article 22, § 1^{er}, 4°, 4°bis, 4°ter, 4°quater, 8°, 10°, 11° et 13°, à l'article 22bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°bis, 3°ter, 7°, 9°, 10° et 12°, ou aux dispositions déterminées par le Roi en vertu de l'article 79bis, § 2, alinéa 2, de bénéficier desdites exceptions lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée ;

2° soit enjoindre aux ayants droit de rendre les mesures techniques de protection conformes à l'article 79bis, § 4.

§ 2. L'action fondée sur le § 1^{er} est formée à la demande :

1° des intéressés ;

2° du ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions ;

3° d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ;

4° d'une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile pour autant qu'elle soit représentée au Conseil de la Consommation ou qu'elle soit agréée par le ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions suivant des critères déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

Par dérogation aux dispositions des articles 17 et 18 du Code judiciaire, les associations et groupements visés aux points 3° et 4° peuvent agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis.

§ 3. L'action visée au § 1^{er} est formée et instruite selon les formes du référé.

Elle peut être introduite par requête contradictoire conformément aux articles 1034ter à 1034sexies du Code judiciaire.

Le président du tribunal de première instance ou le président du tribunal de commerce peut ordonner l'affichage de l'ordonnance ou du résumé qu'il en rédige pendant le délai qu'il détermine aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des établissements du contrevenant et aux frais de celui-ci, de même que la publication de l'ordonnance ou du résumé aux frais du contrevenant par la voie des journaux ou de toute autre manière.

L'ordonnance est exécutoire par provision nonobstant toute voie de recours, et sans caution.

Toute décision est, dans la huitaine, et à la diligence du greffier de la juridiction compétente, communiquée au ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions sauf si la décision a été rendue à sa requête. En outre, le greffier est tenu d'informer sans délai le ministre ayant le droit d'auteur dans ses attributions du recours introduit contre toute décision rendue en application du présent article.

§ 4. Est également portée exclusivement devant le président du tribunal compétent en vertu du § 1^{er}, l'action qui est connexe à l'action visée au § 1^{er} et qui a pour objet la cessation d'un acte visé à l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ou à l'article 18 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses

abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

CONFIDENTIEL

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

Oui. Car lorsqu'on modifie une MTP, on peut rendre le fichier transférable ou écoutable sur d'autres supports que ceux voulus par les ayants droit. Toutefois, rappelons qu'Apple lui-même a il y a quelques années abandonné ses DRM.

Il y a donc apparition de plus de reproductions ou d'usages illicites.

Les fournisseurs de solution DRM ont aussi l'obligation de faire évoluer leur solution.

CONFIDENTIEL

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.

Google Drive, iTunes, Facebook, Picasa, Flickr (voir fichier Excel).

Magnétoscopes en ligne

Introduction

On a commencé à parler des magnétoscopes en ligne en mai 2008 avec le lancement le 19 mai 2008 du service **Wizzgo** qui permettait aux internautes d'enregistrer pour eux des émissions de télévision françaises et de les regarder plus tard quand bon il leur semblait. Wizzgo envoyait pour ce faire, de manière cryptée une copie de l'émission choisie. L'utilisateur peut ensuite visionner, conserver, et reproduire sur tout support numérique le programme. Saisi de l'affaire, le tribunal de grande instance de Paris a jugé en référé le 6 août 2008 que le service offert par Wizzgo ne pouvait pas se prévaloir de l'exception de copie privée. Le tribunal a également estimé que l'activité de Wizzgo "éludait toute rétribution des droits de propriété intellectuelle" et qu'elle était donc "manifestement illicite".

Plus tard, le 6 novembre 2008, le même tribunal va rappeler qu'en outre les activités de Wizzgo ne sont pas couvertes par l'exception de copie privée (s'inspirant là d'une jurisprudence définie en 1984). Pourquoi ? Tout simplement parce que l'article L 122-5 2° du code de propriété intellectuelle dispose que « lorsque l'oeuvre a été divulguée,

l'auteur ne peut interdire : (...) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective». L'article L 211-3 poursuit : « les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire : (...) les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille. ». Les exceptions à la toute-puissance des droits d'auteur étant d'interprétation stricte, il en ressort que « la copie doit être réservée à l'usage du copiste. Elle doit être faite par le copiste pour son propre usage. Dès lors, l'exception de copie privée ne saurait être applicable à une société qui offre un service de copie à des tiers, le copiste et l'utilisateur n'étant pas la même personne ».

En clair : **pour que l'exception de copie privée s'applique, il faut que la personne qui réalise la copie et celle qui l'utilise soient la même personne**². Cette décision confirme une première ordonnance rendue cet été cette fois à la demande de M6 et W9³.

Wizzgo a fermé son service le 26 novembre 2008.

A côté de Wizzgo sont apparus d'autres services.

RecordMe par exemple où les enregistrements étaient stockés ailleurs que chez l'internaute. Ce système permettait donc de regarder ses **films et séries** de n'importe quel endroit à condition d'avoir un accès à internet. Une fois le programme enregistré, il était possible de le visualiser pendant 15 jours. Via RecordMe, il était impossible de télécharger le fichier sur son ordinateur. Le site a fermé aussi en 2008.

De nos jours

Actuellement, quand nous parlons de magnétoscopes en ligne, nous pensons à tout autre chose.

Il s'agit de l'enregistrement de séries, films, émissions sur ordre du client par un télédistributeur pendant que la personne regarde une autre émission et lorsque l'appareil, pour une raison ou une autre, ne peut plus enregistrer en local. Ces raisons peuvent être multiples et pourraient, par exemple, concerner une **impossibilité technique** lorsque la capacité du réseau qui arrive chez la personne pourrait s'avérer insuffisante à un moment donné (lorsque la personne enregistre un programme alors qu'elle en regarde un autre). Il s'agit dès lors de faire stocker du contenu (ici audiovisuel) dans le nuage pendant un certain temps afin de satisfaire à l'ordre d'enregistrement que la personne a donné. Il y a une **véritable copie dans les serveurs de l'opérateur**. Et une copie par ordre donné. Une même émission peut avoir été

² Quid en BE suite à l'arrêt « copycenter » de 2005? Où la copie privée doit aussi avoir été réalisée dans un but non commercial et ce n'est pas le cas de Wizzgo.

³ Notons que la décision US Cablevision d'appel du 4 août 2008 va dans un sens tout à fait opposé.

enregistrée plusieurs fois si plusieurs personnes en ont donné l'ordre (mon voisin demande l'enregistrement du même programme au même moment = 2 enregistrements).

Lorsque l'internaute va vouloir regarder le programme enregistré, l'opérateur va lui envoyer en streaming l'émission enregistrée.

Toutefois, pour des raisons de **transparence commerciale**, l'opérateur est obligé de prévenir le client que son contenu ne sera conservé que pendant une certaine durée. On remarque de plus que la capacité d'enregistrement dépend de la capacité d'enregistrement du disque dur du client voire ne vient pas s'ajouter à la capacité d'enregistrement du client sur la base de la capacité du disque dur de son décodeur et pour laquelle la redevance copie privée a été payée (sur l'appareil reprenant le disque dur du client).

Il est donc bien clair que l'enregistrement se passe dans les nuages, sur des servers à distance et non plus sur les appareils du particulier.

Toute la question est maintenant de savoir si le stockage à distance, ce magnétoscope à distance, est couvert par l'exception de **copie privée**.

En effet, il est clair que, par l'intermédiaire de ces services proposés par des télédistributeurs, les particuliers vont essentiellement faire stocker des contenus audiovisuels protégés.

Si on applique l'art. 22 et son interprétation donnée par la Cour de cassation le 27 mai 2005, le copiste est celui qui réalise la copie ou qui a donné instruction pour réaliser la copie.

Toutefois, l'exception comporte deux conditions (tant actuellement que lorsque la loi de 2005 sera en vigueur).

Il faut que :

1. la reproduction ait été faite dans le cercle de famille (condition 1) **ET**
2. la reproduction soit réservée au cercle de famille (condition 2).

Le concept de « cercle de famille » n'est pas défini dans la loi. Il faut se reporter à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce concept pourrait viser deux possibilités : soit il est fait référence au lieu physique où la copie est effectuée (dans ce cas il faut que l'appareil qui réalise la copie soit situé dans les locaux familiaux), soit il s'agit du lien familial qui doit exister entre les personnes présentes au moment de la reproduction (dans ce cas, l'exception n'empêcherait pas une copie effectuée en dehors du foyer familial, l'endroit physique où la copie est effectuée important peu finalement).

La condition 2 de l'exception semble évidemment être remplie.

Mais *quid* de l'élément 1 : le fait que la reproduction doit **être effectuée, faite DANS le cercle de famille ?**

Si tel est le cas : nous pourrions considérer que cette condition renvoie à l'acte de copie. Dès lors, nous devrions aussi considérer que l'acte en tant que tel (le fait d'appuyer sur le bouton du PC/smartphone ou autre) peut avoir été réalisé dans le cercle de famille. Lorsque cette volonté de copier a été réalisée/exprimée dans un environnement professionnel, rappelons que cela n'est plus de la copie privée depuis l'arrêt Padawan de 2010.

L'acte de copie (= l'acte par lequel le copiste va concrétiser son souhait de faire une copie) peut être effectué de ou en dehors du cercle de famille (voir arrêt « copycenter » de la Cour de cassation belge). Peu importe alors que la copie en tant que telle sera sauvegardée « dans les nuages » et donc en dehors du cercle de famille.

Avec le *cloud*, on pourrait donc considérer que la reproduction est techniquement effectuée par le « cloud » en dehors du cercle de famille mais

- cette reproduction ne peut se faire qu'à la demande de l'utilisateur et
- la reproduction s'effectue sans l'intervention d'un tiers (elle se fait de manière automatique).

Rappelons aussi que l'exception pour copie privée belge diffère de celle de la directive européenne reprise à l'article 5, 2, b :

« 2. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:

b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés; »

L'exception pour copie privée a donc une portée plus large au niveau européen. Elle permettrait *a priori* d'y inclure les actes de copies effectuées en dehors du cercle familial, par une personne privée pour son usage personnel et celles donc effectués via le *cloud*⁴.

⁴ Dans un avis de la Commission européenne rendu dans le cadre de la préparation de la directive de 2001, elle indique que la personne privée peut parfaitement confier à un tiers l'exécution de la copie.

Si tel n'est pas le cas (le fait que ces copies ne tombent pas dans l'exception de copie privée belge), il est alors clair que cela ressort du droit exclusif des différents ayants droit. Les particuliers, clients de ces grands opérateurs audiovisuels, feront donc à chaque fois, des actes illicites en allant faire stocker dans le nuage les contenus enregistrés (puisque'il est difficile de considérer que les particuliers vont aller faire enregistrer autre chose que des œuvres protégées). Leur responsabilité peut donc être clairement engagée. Les particuliers pourraient aussi appeler à la cause les opérateurs qui ne les auraient pas prévenus !

La solution pour les opérateurs serait de conclure des accords avec les ayants droit dans le but de liciter ces enregistrements. Toutefois, il est pratiquement impossible pour ces opérateurs de pouvoir contacter à l'avance tous les ayants droit concernés potentiellement.

Une des solutions **pratiquement acceptable** serait de faire entrer ces enregistrements dans une nouvelle copie privée ou une copie privée élargie et recouvrant dorénavant clairement les copies faites par des particuliers quand ces copies sont stockées ailleurs que chez les particuliers.

L'élargissement de la notion de copie privée belge aux enregistrements dans le nuage est reconnu par la CJUE dans son arrêt Padawan de 2010.

Où la Cour a considéré que la rémunération doit compenser même le préjudice potentiel. La Cour a aussi précisé que toute copie réalisée par un particulier engendre un préjudice à l'auteur, préjudice qui doit être réparé (considérant 44). Cet arrêt ouvre aussi la porte à la rémunération pour les services qui reproduisent les œuvres des ayants droit. En effet, dans son considérant 46, la Cour dit qu'à la place des consommateurs, ce peut être ceux qui disposent d'appareils, de supports ou d'équipements de reproduction numérique qui peuvent être tenus de payer la copie privée. En effet, ils mettent à la disposition des consommateurs des appareils, des supports, des équipements de reproduction ou même des **services de reproduction** permettant d'effectuer des copies privées (considérant 48).

- 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).

On peut stocker du contenu dans les « nuages ». Il s'agit d'un bon moyen pour exercer son droit à la copie privée. Cela rend-il par exemple Google pour son Google Drive responsable, redevable de la rémunération pour copie privée ?

En ce qui concerne les télédiffuseurs qui permettent l'enregistrement de programmes dans les nuages, voici ce que nous pouvons dire.

L'**exception pour copie privée** est prévue en Belgique à l'art. 22, §1, 5° de la LDA (avec une formulation qui doit changer suite à l'entrée en vigueur on l'espère prochaine de la loi belge transposant la directive de 2001).

La **rémunération** est prévue aux articles 55 et suivants de la même loi.

L'article 55 de la LDA rend exigible la rémunération pour copie privée pour toutes les reproductions privées des œuvres audiovisuelles y compris en-dehors de l'application de l'exception de l'art. 22 et 46 de la LDA.

Rappelons qu'en Belgique les articles 23bis et 47bis rendent supplétives les exceptions dans l'environnement *on-demand*.

L'exception du 22, §1, 3° dispose que : « § 1. Lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire : 3° l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille ou dans le cadre d'activités scolaires; ».

La Cour de cassation belge a précisé ce qu'il faut entendre par « cercle de famille » : il faut qu'il y ait un groupe restreint avec une certaine intensité de rapprochement, des liens sociaux assimilables à des liens familiaux. **L'exécution d'une oeuvre** est autant son exécution live que son exécution via une sono ou autre à des personnes sur place. On oppose exécution à transmission ou retransmission de l'oeuvre à des personnes à distance.

Précision : les actes de mises à disposition sur réseau ne tombent pas dans le champ de l'exception 22, § 1, 3° car les destinataires ne sont pas présents sur place. Toutefois, dès lors, quel sort réserver aux transmissions et mises à disposition sur réseau pouvant raisonnablement être qualifiées de privées (l'envoi par email d'un fichier à un membre de ma famille)?

Conclusion : on pourrait considérer que ces opérateurs de réseau tirent profit d'une certaine interprétation de l'exception de copie privée. En effet, cette mise à disposition du client d'un lien à une copie stockée chez l'opérateur revient à ce que cette dernière réalise des actes/services qu'elle n'est normalement légalement pas

autorisée à effectuer. L'opérateur *profite* ainsi en quelque sorte de l'exception de copie privée de ses clients :

- pour pallier une lacune technique ;
- car il met à disposition de ses clients un service pour lequel il n'a aucune autorisation et ce dans un but commercial (rappelons que le 5.2.b de la directive infosoc impose que la copie soit effectuée dans un but non commercial).

A contrario, c'est le régime de droit commun qui devrait jouer. Cela obligerait les télédistributeurs à récupérer l'ensemble des droits relatifs aux contenus qui pourraient être enregistrés dans les nuages. Ce qui s'avèrerait très vite pratiquement impossible.

CONFIDENTIEL

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) ?

La question à se poser ici est de savoir si les restrictions d’usage que ces opérateurs de services imposent dans leur CGU (= de véritables clauses d’exemption de responsabilité) suffisent à les dégager de toute responsabilité. *Quid* si les utilisateurs vont plus loin que les CGU ? N’oublions pas que l’on ne peut mettre des clauses exonératoires de responsabilité dans nos contrats que si elles ne vident pas le contrat de sa substance.

Toutefois, la rédaction de ces CGU n’accorde pas une protection absolue. En effet, qui dit que l’un des clients de l’un de ces services ne va pas quand même, à l’encontre des CGU des services, donner son identifiant et son mot de passe à quelqu’un d’autre, utiliser un service de streaming lors d’une fête qui n’est plus familiale ? La protection n’est jamais absolue sur internet. Les fraudes sont TOUJOURS possibles.

De plus, ces services s’accompagnent généralement d’un *Service Level Agreement* très bas où ils s’exonèrent de toute responsabilité en cas de coupure du réseau ou de pertes des données y stockées. Ils considèrent que c’est à l’utilisateur à veiller à la sauvegarde de ses données même si il a payé pour pouvoir les stocker là-bas. Cette clause exonératoire de responsabilité-là est-elle dès lors encore valable ?

- 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 ?

Actuellement, de par la nouveauté de ces services, ils n'ont pour l'instant aucun statut en particulier. Il faut dès lors voir si on peut leur appliquer par analogie les catégories existantes : hébergeur, *mere transit* ou FAI voire simple fournisseur de services.

Peut-on appliquer aux services dans le nuage qui fournissent du stockage la jurisprudence relative aux hébergeurs/éditeurs ? Pour les fonctionnalités qui vont au delà du périmètre des activités de la directive, on retombe dans le droit commun de la responsabilité civile et/ou pénale soit pour les actes de reproduction ou de commu effectués par eux soit pour complicité par fourniture de moyens techniques pour les actes effectués par leurs clients.

La réponse n'est pas aisée.

En effet, l'art. 14 de la directive relative aux services d'hébergement dispose qu'il s'applique aux intermédiaires qui stockent les informations/documents fournis par quelqu'un. Elle ne dit pas qu'elle s'applique aussi aux intermédiaires **qui font stocker sur des serveurs appartenant à autrui en leur nom et pour leur compte des informations fournies par des tiers**. De plus, le stockage, dans le cloud, pourrait très bien être réalisé par plusieurs sociétés différentes sous-traitantes d'un fournisseur de services, chacune de ces sociétés sous-traitantes détenant un morceau du fichier. Aucune d'entre elles ne détient alors le fichier « illicite » complètement. Ce n'est que lorsque le client envoie un ordre de rapatriement que le fichier est recomposé sur le PC du client.

Dans un environnement nuagique, le prestataire n'est qu'un **intermédiaire** entre son client et ses sous-traitants.

L'hébergeur au sens de la directive de 2000 est celui qui stocke de l'information d'un tiers, **information destinée à être mise à la disposition du public**⁵. En effet, cette notion (celle d'hébergeur) vise les FAI qui stockent par exemple des sites web. Ces sites web sont destinés à être consultés par le public.

Dès lors, peut-on considérer qu'un prestataire qui offre un espace de stockage **SANS** possibilité de partage du contenu entre dans cette définition ? Doit-il pour cela être considéré comme éditeur ? Il n'encourage en rien le stockage, ni n'aide à son

⁵ Voir la définition française.

entreposage⁶. De plus, comment savoir que le client a mis du contenu protégé sur son espace de stockage si cet espace reste privé ?

Dans le cas où le prestataire **offre une/des possibilités de partage**, nous pourrions leur reconnaître la qualité d'hébergeur. Mais il y aurait un certain paradoxe à reconnaître le statut d'hébergeur de prestataires de services plus aboutis, permettant un tel partage (un degré supérieur d'intervention du prestataire devant plutôt, dans l'esprit de la directive, le rapprocher du statut d'éditeur).

Nous pensons dès lors qu'il faudrait reconnaître dès le début sans distinguer si le service de stockage propose ou ne propose pas des possibilités de partage qu'il puisse être considéré comme hébergeur.

Une autre subdivision pourrait apparaître.

Soit le prestataire stockent les contenus sur ses propres serveurs, soit il les fait stocker sur des serveurs qui ne lui appartient pas.

Dans le premier cas, nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un vrai éditeur (Apple pour iTunes gère les contenus et les différents abonnements – Apple sait ce que ses clients ont stocké puisque Apple peut même le leur rendre dans une meilleure qualité via iMatch).

Dans le second cas, ce prestataire devrait juste être considéré comme **un pur fournisseur de services** qui ne devrait subir aucune responsabilité. Il devrait juste pouvoir être appelé à la cause pour être obligé à dévoiler le nom de ses sous-traitants. Toutefois, rappelons qu'une partie de la doctrine considère que le fait de faire stocker les informations sur des serveurs qui n'appartiennent pas au prestataire de service ne lui fait pas perdre la qualité d'hébergeur.

Nous tenons à rappeler que les considérations qui précèdent ne sont basées que sur notre propre interprétation puisque la loi est muette sur ce point et que nous n'avons au jour d'aujourd'hui aucune jurisprudence sur le sujet.

Autre sous-distinction.

Si le service est fourni gratuitement, l'opérateur pourrait ne pas être considéré comme un réel prestataire de services de la société de l'information⁷ et ne pourra

⁶ Cela nous permet de différencier ces services des activités des sociétés comme Wordpress qui proposent des espaces pour créer des blogs. Wordpress met à disposition d'autrui de l'espace pour qu'autrui y écrive quelque chose, ce quelque chose étant destiné à être publié, mis à la disposition du public.

⁷ La loi belge définissant un tel prestataire comme celui qui « fournit un service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Le « normalement » ne signifie pas qu'un paiement doit nécessairement être réalisé mais qu'il suffit qu'il y ait une forme de contrepartie économique (de la publicité ?).

alors pas bénéficiaire de l'une des trois catégories de la directive e-commerce. Toutefois, cette condition de paiement n'est actuellement plus considérée comme nécessaire. Dès lors, si un service de stockage propose ses services gratuitement, il pourrait encore être considéré comme un hébergeur au sens de la directive de 2000.

CONFIDENTIEL

- 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.

A ma connaissance, il n'existe pas de disposition particulière pour les fournisseurs de services dans le nuage mis à part celles qui découlent de la loi belge transposant la directive *e-commerce* si on considère les services de stockage à distance comme des hébergeurs (le débat n'est pas clos à ce sujet – voir discussion sous la question précédente).

L'hébergeur offre la fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service⁸. **On oppose les activités d'hébergement des activités d'éditions.** Les activités d'hébergement et d'édition ont en commun d'assurer la diffusion d'une œuvre auprès du public. Elles se distinguent en ce que l'hébergement renvoie à une simple **prestation technique** tandis que l'édition suppose un jugement sur la veur ou l'intérêt d'un contenu et une volonté de diffuser celui-ci auprès du public.

Selon certains, la définition d'hébergeur n'implique toutefois pas que l'espace serveur destiné au stockage appartienne à l'intermédiaire concerné. Nous pourrions dès lors insérer dans la définition de l'hébergeur le fait de mettre à disposition un espace particulier au sein d'un site web par son titulaire. Dans un tel cas de figure, le titulaire du site sera considéré comme hébergeur et ce même si son site n'est pas stocké sur son propre serveur. **Mais cela reste hautement controversé.**

Ce qui va suivre va analyser quelles sont les obligations incombant à l'hébergeur qui occupent une place centrale dans le développement d'internet.

Rappelons que lorsqu'une société est hébergeur et fournisseur d'accès à internet (à la responsabilité amoindrie par rapport aux hébergeurs), elle sera automatiquement considérée comme hébergeur.

Le régime de responsabilité s'applique tant en matière civile que pénale.

⁸ L'art. 6-I-8 de la LCEN française définit l'hébergeur comme une personne « qui assure, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires ».

Tandis que les activités de simple transmission d'informations (*mere conduit*) bénéficient d'une exonération générale de responsabilité (moyennant certaines conditions), l'hébergeur se voit, quant à lui, partiellement exempté à l'instar du prestataire réalisant un stockage d'informations sous forme de caching.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur (art. 20 de la loi BE)

Pour que l'art. 20 puisse s'appliquer, il faut que l'hébergeur soit resté cantonné dans son rôle d'intermédiaire. En effet, l'hébergement doit être effectué à la demande d'un client, c'est-à-dire en-dehors de la volonté de l'intermédiaire.

Si tel est le cas, le régime de responsabilité peut trouver à s'appliquer.

Celui-ci prévoit que l'hébergeur n'est pas réputé responsable des informations qu'il a stockées à la demande d'un client à la condition qu'il n'en ait pas eu connaissance.

A l'inverse, si l'hébergeur a cette connaissance, il ne bénéficiera de l'exonération de responsabilité que s'il a agi promptement pour « **retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible**⁹ et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au §3 » (art. 20, §1^{er}, 2°).

Cette procédure se distingue clairement d'une procédure de *notice and take down* soit un mécanisme de retrait automatique des contenus par l'hébergeur.

Il faut ici faire une distinction entre le civil et le pénal :

- Sur le plan pénal, l'hébergeur doit avoir une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite ;
- Sur le plan civil, il devra avoir eu une simple connaissance circonstanciée c'est-à-dire une connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information. Cette connaissance peut résulter d'une notification informelle ou même naître de circonstances autres que la notification.

On le voit, pour voir sa responsabilité engagée, trois conditions doivent être remplies :

1. L'hébergeur doit avoir une connaissance¹⁰ d'activités ou d'informations illicites ET

⁹ L'hébergeur peut (il n'y est pas obligé) donc simplement prendre les mesures conservatoires afin de bloquer l'accès au site incriminé.

¹⁰ Toute la question étant de savoir à partir de quel moment peut-on considérer que le prestataire a connaissance de l'illégalité du contenu qu'il héberge à défaut de l'instauration d'une véritable procédure de notification (et de retrait)...

2. Ne pas avoir agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossibles ET
3. Le contenu doit être manifestement illicite (révisionniste, pédophile, incontestablement outrageant, etc.).

De plus, l'hébergeur doit communiquer au procureur du Roi les informations illicites dès qu'il en a connaissance effective (« sur le champ »). Le procureur du Roi devra prendre alors les mesures utiles conformément à l'art. 39bis du Code d'instruction criminelle. Il pourrait demander à l'hébergeur les informations pertinentes afin d'identifier les destinataires des services avec lesquels il a conclu un accord d'hébergement.

Lorsque ces informations ont été transmises au procureur du Roi, l'hébergeur peut prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations litigieuses (en supprimant l'accès à l'adresse IP du site). Il ne pourra faire plus aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pas pris une décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique.

L'obligation de collaboration

Parallèlement à ce régime de responsabilité, les hébergeurs ont aussi une **obligation de collaboration** avec les autorités judiciaires. Toutefois, cette contrainte n'équivaut nullement à leur imposer une obligation générale et absolue de surveillance.

La surveillance *a priori*

Conformément à la directive européenne, la législation belge ne prévoit aucune obligation générale de surveillance des informations transmises ou stockées. Elle n'impose pas davantage à l'hébergeur d'obligation de recherche active des faits et des circonstances révélant des activités illicites.

Ce principe général est tempéré par le fait que cette absence de surveillance ne vaut que pour les « obligations à caractère général ». Dès lors, les autorités judiciaires compétentes pourraient décider d'imposer, dans un cas spécifique, une obligation temporaire de surveillance. Mais uniquement donc sous deux conditions :

1. Il faut que cette obligation soit temporaire, nécessaire et ciblée sur certaines activités bien identifiées ET
2. Il faut au préalable une autorisation des autorités judiciaires compétentes.

Cela pourrait concerner par exemple la sauvegarde de la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique.

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 ?

Voir les dispositions belges découlant de la loi transposant la directive e-commerce et les précisions apportées dans les deux questions précédentes.

Avec la grande question : peut-on appliquer par analogie à ces services les dispositions qui existent pour les hébergeurs de contenus ?

Ce n'est pas clair...

CONFIDENTIEL

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

Il n'y a pas de preuves unifiées et varient de pays en pays. Chaque opérateur a mise en place ses propres procédures. Outre sa qualité et son intérêt à agir en justice, il doit prouver qu'il est bien l'ayant droit de l'œuvre concernée. De plus, il doit pouvoir satisfaire l'ensemble des conditions des différentes procédures de notice and take down. Rappelons que les conditions des *notice and take down* ne sont pas (encore) réglées par la loi.

CONFIDENTIEL

- 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 ?

Voir la Sabam pour Deezer (qui a évidemment aussi des accords avec les majors) et les autres opérateurs de musique en ligne et la Scam/SACD pour YouTube et DailyMotion.

A côté de ses côtés, il peut y avoir des contrats commerciaux entre ses fournisseurs de services et des fournisseurs d'accès à internet. Ces contrats commerciaux ne sont pas des conventions relatives à la fourniture de contenus mais des conventions qui relèvent plus du domaine de *marketing* par exemple Belgacom s'engage à promouvoir le service Deezer en échange d'un prix réduit pour ses clients, clients qui peuvent toujours s'abonner au service par leurs propres moyens. Il n'y a aucun lien direct entre les producteurs et Belgacom à ce sujet.

CONFIDENTIEL

- 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 ?

Nous n'en connaissons aucun. Sauf si nous y incluons bien sûr les différents services de P2P qui favorisent les échanges illicites.

CONFIDENTIEL

- 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 ?

La Commission européenne réfléchit aux modifications à apporter à la directive e-commerce. Elle a récemment lancé une vaste consultation publique intitulée « **A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries** ».

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm

Après une première consultation publique en 2010, la Commission a noté que l'essentiel de la directive de 2001 était apprécié par les acteurs, mais que l'article 14 posait selon elle trois difficultés :

1. une trop grande diversité dans les transpositions de la directive par les états membres, et dans l'interprétation des règles par les tribunaux nationaux. En particulier, la directive serait trop imprécise pour définir clairement le moment où l'hébergeur est censé avoir "effectivement connaissance" du caractère illégal d'un contenu qu'il héberge, ou lorsqu'elle demande d'agir "promptement" (en France, le terme a été laissé tel quel dans la loi LCEN de 2004, alors que d'autres pays comme l'Allemagne, la Grande-Bretagne, la Hongrie ou l'Espagne imposent des délais précis de quelques heures ou quelques jours) ;
2. les contenus illégaux resteraient trop longtemps en ligne avant d'être retirés ;
3. les droits fondamentaux des utilisateurs qui publient les contenus retirés ne seraient pas toujours respectés, le doute profitant toujours à la personne qui demande le retrait du contenu plutôt qu'à la liberté d'expression.

Si l'on en croit les indices laissés par la Commission à travers ses questions, et surtout la communication qu'elle avait faite au début de l'année, **la consultation devrait aboutir à une hausse des exigences de chaque côté. Les ayants droit devront être plus précis dans leurs demandes de retraits de contenus. En échange, les hébergeurs devront agir beaucoup plus rapidement.**

Cependant, la Commission semble aussi vouloir éviter le retrait des contenus sans avoir permis à l'internaute de se défendre au préalable, ce qui semble difficilement compatible avec l'exigence de rapidité d'intervention. Ce sera là sans aucun doute le nœud du problème.

Par ailleurs, la consultation pourrait aboutir à exclure certains types de prestataires du régime protecteur, qui avait surtout été imaginé pour rassurer les entreprises qui louent des serveurs pour l'hébergement de sites internet. La Cour de Justice de l'Union Européenne a depuis fait une interprétation extensive du régime, en allant

jusqu'à l'appliquer aux réseaux sociaux, comme l'a fait en France la cour de cassation à propos de Dailymotion.

Peut-être la révision de la directive aboutira-t-elle donc à une forme de régimes en cercles concentriques, avec différents niveaux de protection et d'obligations en fonction de la nature du service. C'est ce qu'avaient imaginé en France les sénateurs Laurent Béteille (UMP) et Richard Yung (PS), qui avaient proposé l'an dernier la création d'un statut d'éditeur de services, intermédiaire entre l'hébergeur et l'éditeur de contenus. Il prévoyait que les éditeurs de services en ligne aient l'obligation de surveiller les informations transmises par leurs utilisateurs, pour empêcher toute activité illicite. Une idée qu'ils ont finalement abandonnée.

CONFIDENTIEL

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

Ces techniques deviennent de plus en plus importantes. Elles évoluent continuellement. De plus, les fournisseurs des mesures doivent continuellement réagir à l'évolution des techniques de piratage afin de ne pas se faire dépasser.

Il y a plusieurs tendances à ces techniques de filtrage : soit au niveau de l'adresse IP, soit au niveau du DNS. Dans l'affaire PirateBay, la juridiction a préféré le blocage au niveau du DNS pour 11 noms.

CONFIDENTIEL

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 ?

C’est de nouveau trop tôt pour juger.

CONFIDENTIEL

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

Idem.

CONFIDENTIEL

- 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 ?

C'est très difficile d'avoir des données sur les creatives commons.

Toutefois, en consultant le site monitor.creativecommons.org, nous pouvons savoir qu'en 2010, 150.000 oeuvres belges utilisent une licence CC belge (attention, il s'agit seulement des oeuvres répertoriées par les moteurs de recherche, donc mises sur Internet), qu'il y a 25 millions d'oeuvres en Europe qui utilisent une licence CC. Et 132 millions d'oeuvres utilisent une licence sans juridiction spécifique (unported), ce qui comprend des oeuvres belges.

CONFIDENTIEL

- 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.

Il n'y a pas beaucoup d'usages en Belgique des licences CC.

Toutefois, une juridiction belge en 2010 a confirmé l'opposabilité des licences CC.

Les auteurs sous CC sont exclus de la rémunération copie privée indirectement s'ils ne sont pas membres d'une société de gestion. Toutefois, rappelons que cela est le cas de l'ensemble des auteurs qui ne deviennent pas membre d'une société de gestion et pas uniquement pour les auteurs CC.

CONFIDENTIEL

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 ?

Le droit international privé tend à résoudre les **conflits de juridictions** et de **lois** applicables surgissant dans des litiges à caractère international. Par nature, internet et le Cloud mettent fréquemment en scène des parties situées aux quatre coins du monde.

Les solutions peuvent être différentes selon que l'on se situe **entre commerçants** ou que le litige concerne un **particulier-consommateur** et que le litige est **contractuel** ou **quasi-délictuel** (avec encore une subdivision à chaque fois selon que les parties ont convenu des **clauses** relatives à ce sujet ou non).

En la matière, il existe différents **textes** internationaux applicables :

- la Convention de Berne (si on considère qu'elle contient des règles de droit international) ;
- le Règlement européen du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I)¹¹ ;
- le Règlement européen du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) qui remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 ;
- le Règlement européen du 11 juillet 2007 (Rome II) sur les obligations non contractuelles¹² ;
- la Convention de Berne mais uniquement dans le sens où elle édicte(ra)it des règles en matière de conflits de loi (elle est muette en matière de conflits de juridictions) ;
- et le Code belge de droit international privé de 2004 qui s'applique de manière subsidiaire¹³.

¹¹ Ce Règlement établit des règles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale dès lors que le défendeur a son domicile (ou son siège s'il s'agit d'une personne morale) dans l'Union européenne.

Les règles de conflit du Règlement s'appliquent aux activités générées par l'internet dans la mesure où des délits peuvent y être commis ou des dommages subis.

¹² On notera que les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité sont expressément exclues du champ d'application du Règlement.

N.B. : chaque fois qu'il s'agira d'un cas où le défendeur est situé hors EU, il ne faudra pas oublier de voir s'il ne faut pas appliquer les articles 19 à 21 du Code belge de droit international privé (qui sont d'application transversale)¹⁴.

Lorsque la **matière ne concerne pas expressément les droits de propriété intellectuelle** (cas où le service a fait défaut, il a perdu nos données, etc.), voici un exposé des règles applicables.

En règle générale, en matière de conflits de juridiction, il faudra d'abord regarder si le défendeur est situé en Europe (application du Règlement Bruxelles I) ou hors EU (application du Code belge de DIP de 2004), la règle générale étant la compétence du tribunal du pays du défendeur. La règle générale peut céder le pas devant des règles spécifiques ou lorsque les parties ont choisi d'insérer dans leur contrat une clause attributive de compétence.

En matière de conflits de lois, il faudra d'abord déterminer si nous sommes en matière contractuelle ou extra-contractuelle. En matière extra-contractuelle, il faudra ensuite regarder si le défendeur est établi en Europe, dans ce cas, nous devons appliquer le Règlement Rome ou hors Europe car dans ce cas, nous devons appliquer le Code belge de DIP. La règle générale est l'application du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit¹⁵. En matière contractuelle, la question de la loi applicable est réglée par le Règlement Rome I lorsque le défendeur est établi en EU (avec comme règle générale, le respect de l'autonomie de la volonté des parties encadré par des clauses de sauvegarde – art. 3 du Règlement et à défaut de choix, le pays de la prestation caractéristique du contrat – art. 4¹⁶) et par le Code belge de DIP lorsque le défendeur n'est pas établi en Belgique.

*Si le litige concerne une **atteinte à un droit d'auteur** (cas où le particulier aurait uploadé une œuvre ou des œuvres sur un service de stockage externe (à la Dropbox)), le juge devrait appliquer la jurisprudence Google News de mai 2011. Cette jurisprudence a permis de conforter la théorie selon laquelle en matière d'atteinte à un droit de propriété*

¹³ Il s'agira d'appliquer le Code belge de DIP si le défendeur est situé hors EU et le Règlement européen Bruxelles I si le défendeur est situé en Europe.

¹⁴ Les mêmes clauses de sauvegarde existent dans les Règlements européens Rome I (art. 9.2 et 9.3 et art.21) et Rome II (art. 16 et art. 26).

¹⁵ Le Règlement Rome II prévoit en son article 8 un régime spécifique aux questions relevant de la propriété intellectuelle. A l'instar du Code belge de DIP, le recours à la *lex loci protectionis* est prévu. Il est en outre spécifié qu'il ne peut être dérogé par accord à la loi applicable. La loi applicable réglera toute une série de questions (voir art. 15 du Règlement).

¹⁶ L'art. 12 détermine l'étendue de la loi applicable en vertu du Règlement Rome I.

intellectuelle, la **lex loci protectionis**¹⁷ **doit se confondre avec la lex loci delicti**. Autrement dit, en matière numérique sur internet, le juge doit appliquer la loi du pays de réception de l'acte de transmission (et non la loi du pays de l'émission).

Dans ce cas, il faudrait appliquer l'art. 5.3 (et le 5.4) de la Convention de Berne dans le cas où le litige concerne des œuvres belges. Cet article renvoi vers la loi belge.

Dans ce litige, la Cour avait rejeté tous les arguments de Google concernant le droit d'auteur.

Google avait amené (pour la première fois, il ne l'avait pas fait en première instance) les arguments de droit international privé en appel.

Google prétendait qu'il fallait appliquer la loi américaine (et son fameux *fair use*) car c'est aux Etats-Unis que les pages sont intégrées sur ses servers. Toutefois, constate le juge, Google ne produit aucune pièce le démontrant. Il en conclut donc que cette insertion est susceptible de se produire dans plusieurs pays.

Afin de déterminer la loi applicable au litige, les conseillers vont retourner à la Convention de Berne, art. 5.

Celui-ci stipule que :

« **Article 5**

Droits garantis:

1. et 2. En dehors du pays d'origine; 3. Dans le pays d'origine; 4. «Pays d'origine»

(1) *Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.*

(2) *La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits **se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.***

(3) *La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois,*

¹⁷ Il faut entendre par *lex loci protectionis* la loi du pays à propos duquel la question est posée de savoir s'il y a un droit exclusif à faire valoir et quel en est le contenu. En l'absence de clauses contractuelles réglant le conflit de lois et sous réserve de l'application de clauses d'exception, la *lex loci protectionis* aura donc un domaine d'application assez large.

lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

(4) Est considéré comme pays d'origine:

(a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

(b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

(c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois,

(i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et

(ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays. »

La Cour va s'appuyer sur les articles 5 (3) et 5 (4) (a) de la Convention de Berne pour considérer que le litige doit être régi par la **loi belge**¹⁸. En effet, il va considérer qu'aux termes de cette disposition, le pays d'origine des œuvres en cause est la Belgique puisque les œuvres ont été publiées pour la première fois en Belgique. De plus, la Convention ne s'entendrait pas s'appliquer dans le pays d'origine de l'œuvre dans le cas où l'auteur ne serait pas un ressortissant de ce pays. La Cour va encore soutenir qu'il faut appliquer **l'article 5 (3)** car celui-ci garantit la protection des droits garantis dans le pays d'origine et non pas l'art. 5 (2) qui lui traite de la protection des droits garantis aux auteurs en-dehors du pays d'origine.

Google va amener un cas de jurisprudence française (l'arrêt Lamore de la Cour de cassation française du 30 janvier 2007) pour soutenir que ce n'est pas la loi du pays où le dommage est subi qu'il faudrait appliquer mais la loi du pays où les **faits délictueux sont commis (5 (2))**.

La Cour va rejeter l'application de l'arrêt Lamore car dans ce cas-là, il s'agissait d'un auteur américain qui demandait la protection en France d'une œuvre qui avait été conçue et publiée aux Etats-Unis.

En tout état de cause, va poursuivre la cour, les œuvres sont diffusées en Belgique sur le site de Google.be même si elles auraient été « injectées » aux Etats-Unis.

¹⁸ Le Code belge de DIP de 2004 a aussi consacré la thèse de la *lex loci protectionis* en stipulant d'une part, que les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est réclamée (art. 93) et, d'autre part, en confirmant ce que le droit applicable détermine (art. 94).

La Cour va alors analyser la loi nationale « dans le cas où la Convention de Berne ne serait pas applicable » dans cette **situation complexe** où le lieu de la faute et du dommage sont dans deux pays différents.

Dans ce cas, il faudrait appliquer **l'art. 4.1 du Règlement européen Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles** :

*« Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du **pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit** et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. »*

La Cour va rejeter l'application de l'article 8 traitant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle et celle de l'article 93 du Code de droit international privé. En effet, ces deux dispositions reprennent les mêmes termes que la Convention de Berne en renvoyant donc vers **la législation du pays où la protection est réclamée**.

La Cour, par après, va analyser l'influence des actes préparatoires à la contrefaçon réalisée par Google sur la question de la détermination du **lieu du fait dommageable**. Ces actes sont l'injection des données par Google dans ses servers. A ce sujet, conclut la Cour, il conviendrait alors de constater que le délit est formé par un **ensemble de faits complexes** situés dans des pays différents (les USA pour l'injection et la Belgique pour la diffusion). Il y aurait dès lors lieu de se référer à la loi du pays avec lesquels le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits (art. 4.3 du Règlement Rome II¹⁹). Ce pays, selon la Cour, est la Belgique, pays vers lequel les œuvres protégées sont diffusées sur le site Google.be.

¹⁹ Et art. 99 du Code belge de DIP : « *Droit applicable aux obligations dérivant d'un fait dommageable*

Art. 99. § 1er. *L'obligation dérivant d'un fait dommageable est régie :*

1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la personne responsable et la personne lésée ont leur résidence habituelle au moment de la survenance du fait dommageable;

2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur et le dommage sont survenus ou menacent de survenir, en totalité;

3° dans les autres cas, par le droit de l'Etat avec lequel l'obligation en cause présente les liens les plus étroits.

§ 2. *Toutefois, l'obligation dérivant d'un fait dommageable est régie :*

1° en cas de diffamation ou d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur ou le dommage est survenu ou menace de survenir, au choix du demandeur, à moins que la personne responsable n'établisse qu'elle ne pouvait pas prévoir que le dommage surviendrait dans cet Etat;

2° en cas de concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir;

La Cour **refuse de privilégier le pays de l'injection** car cela reviendrait à « décerner » un **brevet d'impunité** au contrefacteur puisqu'il lui suffirait de localiser ses servers dans des pays à faible protection des droits d'auteur, ce qui est manifestement contraire au but recherché par la Convention de Berne.

Certes, poursuit la Cour, les pages des sites se terminant par .be peuvent être lues partout dans le monde. Toutefois, elles ne sont susceptibles d'intéresser que les lecteurs situés en Belgique et les lecteurs belges situés ailleurs qu'en Belgique/des étrangers susceptibles de s'intéresser à ce qui se passe en Belgique. Toutefois, les deux dernières catégories de personnes sont dérisoires par rapport aux lecteurs situés en Belgique et ne suffit pas pour soutenir (comme le faisait Google) que les points de contact avec la Belgique sont manifestement insuffisants.

La Cour va donc, en privilégiant la **thèse du pays de réception**, rejeter l'argumentation de Google et appliquer **la loi belge**. Pour la Cour, il n'y avait en quelque sorte pas de conflit de loi et la Convention de Berne ne s'appliquait pas en l'espèce.

Considérations

Cet arrêt ne concerne évidemment pas la situation du **cloud** car il y est supposé que les servers des éditeurs belges étaient situés en Belgique. Mais *quid* du site web qui est hébergé sur un *cloud* dans lequel l'auteur peut insérer des œuvres quel que soit son emplacement géographique ? Devrait-on prendre en compte la nationalité de la société qui l'héberge ? Cela risquerait de situer la publication dans un pays qui serait en définitive étranger à l'auteur. On peut imaginer que dans de tels cas de figure la justice pourrait éprouver plus de difficultés à considérer la Belgique comme pays d'origine. Dans certaines circonstances, elle sera peut-être tentée de localiser la publication dans plusieurs pays.

Pour identifier le pays d'origine en cas de première publication dans plusieurs pays,²⁰ la Convention de Berne dispose que si ces pays admettent des durées de protection différentes, alors le pays d'origine est « *celui d'entre eux dont la législation accorde la*

3° en cas de dommage aux biens ou aux personnes résultant d'une atteinte à l'environnement, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir;

4° en cas de responsabilité du producteur, de l'importateur ou du fournisseur du fait d'un produit, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la personne lésée a sa résidence habituelle au moment de la survenance du dommage;

5° en cas d'accident de la circulation routière, par le droit applicable en vertu de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, conclue à La Haye le 4 mai 1971. »

²⁰ La Convention de Berne stipule qu'une œuvre est publiée simultanément dans plusieurs pays lorsqu'elle « *a paru dans deux ou plusieurs pays dans les trente jours de sa première publication* », article 3 (4).

durée de protection la moins longue » (article 5 (4) a) *in fine*). Ce recours au pays dans lequel la durée de protection est la plus courte a été qualifié par la doctrine de « *critère d'appoint* ». ²¹ Ce critère ne résout pas les difficultés d'identification du pays d'origine, au contraire il en fait surgir d'autres. ²² Par exemple qu'en est-il si les pays ont tous la même durée de protection ? Ne seront-ce dès lors pas toujours les mêmes pays qui seraient choisis, ceux offrant une durée de protection plus courte (et donc en cela moins favorables aux auteurs)?

Au regard des obstacles annoncés dans le cas où l'on estime que le pays d'origine est celui de la première publication de l'œuvre, il serait peut être plus commode de dire que le pays d'origine des publications *online* est celui dont l'auteur est ressortissant.

Toutefois, dans des **cas complexes**, les juges pourraient faire recours au principe de proximité (article 4 (3) du règlement Rome II relatif obligations non contractuelles), car cela a l'avantage d'échapper à la difficulté d'identifier l'origine géographique du fait générateur ou du lieu du dommage lorsque ces lieux sont multiples ; ce qui est bien souvent le cas dans les techniques de communication actuelles telles que par exemple le *cloud computing*.

Mais le **critère de proximité** a également ses désavantages. Les liens de proximités étant appréciés au cas par cas par le juge, le choix de la loi applicable est relativement imprévisible. Il est dès lors plus complexe pour les exploitants souhaitant diffuser des œuvres à l'échelle mondiale de prévoir le droit applicable à leurs activités.

Si le litige concerne **autre chose qu'une atteinte à un droit d'auteur**, il s'agirait d'appliquer les principes développés par la jurisprudence de la CJUE.

Dans plusieurs arrêts, la CJUE a précisé que lorsque le lieu de survenance du fait générateur et lorsque le lieu de survenance du dommage sont différents, cela permet au particulier d'introduire son action soit devant le tribunal du lieu où le fait générateur est survenu, soit devant le tribunal du lieu du dommage (conflit de juridiction).

Concernant le droit applicable, il faudrait appliquer la jurisprudence bien établie de la cour de cassation française qui dispose que dans une telle situation, il faut appliquer la loi du fait dommageable et que cela s'entend aussi bien de la loi du pays du fait générateur que la loi du pays du dommage. La doctrine a conclu de la jurisprudence de la cour de cassation française qu'il faut appliquer la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le dommage.

²¹A. LUCAS & H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°1283, p. 933.

²²S. RICKETSON & J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n°6.59 et s., p. 286 et s.

- 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) ?

Non.

Merci de faire parvenir vos réponses à M. Tomoki Ishiara **avant le 30 juin 2012** à son adresse email ishiara@translan.com <mailto:sam@icla.ie>

CONFIDENTIEL