

## **9. Propositions du groupe de travail AGUR12**

Au sein de l'AGUR12, les revendications des milieux intéressés ont fait l'objet de longues discussions, et des experts ont été auditionnés. Se fondant sur ses délibérations et en application des critères de sélection présentés au chapitre 8, le groupe de travail recommande les mesures présentées ci-après. Si le train de mesures global réunit le consensus, cela n'est pas toujours le cas pour les recommandations prises isolément.

### **9.1. Information**

Dans le but d'optimiser les connaissances en matière de droit d'auteur, il convient de réaliser une campagne d'information à large échelle avec la participation des autorités publiques et des parties prenantes non étatiques.

S'agissant des utilisations sur Internet, il semblerait qu'une grande insécurité demeure sur la situation juridique. Celle-ci peut avoir pour conséquence, d'une part, des atteintes involontaires au droit d'auteur, mais lourdes en conséquences pour les titulaires des droits et, d'autre part, une crainte diffuse susceptible de se traduire par un abandon des utilisations légitimes et une non-exploitation des restrictions du droit d'auteur existantes. Une campagne d'information d'envergure est susceptible de remédier à cette situation.

### **9.2. Efficacité et transparence des sociétés de gestion**

#### **9.2.1. Développement de la gestion électronique**

Il importe d'exploiter pleinement le potentiel de réduction des coûts administratifs en développant de façon systématique la gestion électronique. Pour ce faire, il convient de prévoir la simplification des systèmes de déclaration, mais aussi une obligation pour les utilisateurs de fournir les renseignements nécessaires (art. 51 LDA) dans un format électronique conforme à l'état de la technique afin que les sociétés de gestion puissent les traiter directement en vue de la répartition. Les sociétés de gestion doivent également pouvoir s'échanger les données, en particulier lorsqu'un tel échange permet d'éviter aux utilisateurs de déclarer plusieurs fois des mêmes données dont certaines d'entre elles pourraient déjà disposer.

#### **9.2.2. Simplification du paysage tarifaire**

L'AGUR12 reconnaît le besoin de simplifier le paysage tarifaire. Il estime cependant que la responsabilité doit en être laissée aux sociétés de gestion et aux partenaires de négociation des

tarifs. Certains intérêts légitimes des exploitants peuvent en effet justifier des réglementations tarifaires séparées ou différenciées<sup>1</sup>. L'AGUR12 recommande toutefois aux sociétés de gestion de recourir le plus possible à la voie contractuelle pour renseigner leurs partenaires de manière transparente sur les conséquences des différents tarifs dans leur cas particulier, et pour récapituler les redevances à payer si plusieurs tarifs sont applicables. De même il est important de mettre à disposition des usagers des feuilles d'informations claires, vulgarisant les tarifs, ce qui contribuera à une meilleure compréhension du système par les personnes concernées.

### 9.2.3. Simplification de la procédure d'approbation des tarifs

En ce qui concerne la procédure d'approbation des tarifs, l'AGUR12 estime indispensable de l'accélérer, pour les raisons exposées au chiffre 2.4.5.3 ci-dessus. A ce stade, l'AGUR12 laisse ouverte la question des mesures à prendre pour atteindre ce but. L'AGUR12 est en revanche attaché aux deux principes suivants :

- Dans une matière aussi technique que le droit d'auteur tarifaire, la composition paritaire de l'autorité de première instance, avec des représentants des utilisateurs et des sociétés de gestion, est une bonne chose : elle assure un haut degré de compétence et permet de tenir compte des réalités de la pratique. Cette composition paritaire doit donc être maintenue.
- Il est indispensable que l'autorité de première instance dispose des moyens nécessaires pour mener une véritable procédure probatoire, notamment entendre des témoins si nécessaire.

### 9.2.4. Pas de limitation légale des frais administratifs

Le groupe de travail AGUR12 accorde une grande importance à la réduction des frais administratifs. Ces frais sont certes à la charge des titulaires des droits, mais les utilisateurs soumis à la redevance obligatoire ont également tout intérêt à ce que la majeure partie des montants qu'ils paient soit reversée aux titulaires. L'exigence, formulée avant les travaux de l'AGUR12, de fixer un montant maximum pour les frais administratifs n'est cependant pas une solution viable puisque leur montant est fortement tributaire du répertoire géré. Les fixer de façon unitaire pourrait entraîner des subventions croisées indésirables et avoir des conséquences négatives sur les niches culturelles et sur le répertoire suisse.

---

<sup>1</sup> Voir chiffre 2.2.2.2. ci-dessus.

### 9.3. Mesures visant une meilleure application des droits d'auteur

#### 9.3.1. Réglementation juridique du téléchargement à partir de sources illégales

Compte tenu des mesures proposées ci-après (9.3.2 à 9.3.7), le téléchargement à partir de sources illégales doit continuer d'être admis comme le prévoit le droit en vigueur selon la doctrine dominante.

#### 9.3.2. Suppression de contenus enfreignant le droit d'auteur (*take down*)

Les hébergeurs doivent avoir l'obligation de retirer, sur dénonciation des titulaires des droits ou d'une autorité compétente, les contenus téléchargés illicitement vers leurs serveurs (*uploads*). Une autorégulation, au sens par exemple du « Code of Conduct Hosting » (code de conduite hébergement) édicté par la swiss Internet industry association (simsa), serait tout à fait appropriée à cet effet.

#### 9.3.3. Empêcher la réintroduction sur les serveurs (*stay down*)

Les hébergeurs dont le modèle commercial est manifestement créé pour que les utilisateurs des services commettent des violations du droit d'auteur ou favorise intentionnellement de tels actes illicites en raison de mesures ou d'omissions dont ils ont à répondre doivent avoir l'obligation, sur dénonciation des titulaires des droits, de retirer les contenus téléchargés illicitement et d'empêcher, dans la mesure du raisonnable, la réintroduction de ce type de contenus. Ils doivent également instaurer un contrôle global des ressources de liens et être tenus d'identifier, par le biais de moteurs de recherche généraux sur la base de recherches formulées de manière appropriée et, le cas échéant, de ce qu'on appelle des *webcrawler* (robots d'exploration), s'il existe dans leurs services des indications vers d'autres liens enfreignant le droit d'auteur concernant les contenus ayant fait l'objet d'une dénonciation. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées.

Il n'est pas possible d'inclure dans un système d'autorégulation les hébergeurs qui basent leur modèle commercial sur les violations de droit d'auteur par leurs clients. Dans ces cas spécifiques, une régulation juridique comprenant une obligation aussi bien de *take down* que de *stay down* s'avère indispensable.

#### 9.3.4. Blocage d'accès par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI)

Les FAI établis en Suisse sont tenus, sur ordre des autorités dans les cas graves, de bloquer, par le biais du verrouillage des adresses IP et DNS, l'accès aux portails proposant des sources manifestement illégales. Les autorités compétentes doivent prévenir, dans la mesure du possible, le blocage des contenus licites en même temps que celui des contenus illicites (*over-blocking*). L'ensemble des mesures de verrouillage doit être porté à la connaissance du public de manière adéquate, ces mesures ne doivent par ailleurs pas entraver le fonctionnement technique des systèmes IP et DNS. Il est important de définir l'exception pour les cas graves de telle sorte que les FAI ne soient pas poussés à mettre en place des mesures de verrouillage excessives. Les titulaires des droits doivent dédommager de manière appropriée les FAI pour les dépenses résultant des mesures de verrouillage. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées et que l'accès au juge soit garanti.

Les fournisseurs dont l'offre se fonde sur des atteintes au droit d'auteur peuvent se soustraire aux poursuites judiciaires grâce à un choix judicieux de leur implantation ou grâce à des mesures techniques. Dans des cas spécifiques et graves, il est indiqué de procéder au blocage IP ou DNS afin de limiter les dommages. L'ordre peut émaner du Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI) ou d'une nouvelle autorité publique instituée sur son modèle.

#### 9.3.5. Traitement des données

Les titulaires des droits doivent pouvoir traiter, à condition de respecter les principes formulés par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)<sup>2</sup>, les données de connexion Internet (notamment les adresses IP dynamiques et statiques) afin de déterminer les violations de droits d'auteur.

Le groupe de travail propose que les bases légales soient édictées dans la mesure du nécessaire.

#### 9.3.6. Messages d'information

Une application trop globale des droits s'avère problématique et est ressentie comme agressive, car les internautes ne sont souvent pas au clair quant à la situation juridique. Des messages d'informations préalables sont susceptibles d'y remédier. Il importe dès lors de créer la possibilité pour les FAI d'envoyer, sur indication des titulaires des droits ou d'une autorité compétente, un message d'information unique aux abonnés de connexions Internet qui portent gra-

---

<sup>2</sup> Publiés, pour ce qui est du droit pénal, dans le 19<sup>e</sup> rapport d'activités du PFPDT, voir aussi <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00154/00986/index.html?lang=fr>.

vement atteinte au droit d'auteur en utilisant des réseaux pair-à-pair. Les titulaires des droits doivent dédommager de manière appropriée les FAI pour les dépenses résultant de l'envoi de tels messages. Une fois que l'abonné aura reçu un message d'information, il sera tenu, pour éviter une coresponsabilité civile en cas de récidive, de protéger de façon appropriée sa connexion afin que celle-ci ne puisse plus être utilisée à des fins de violation des droits par le biais de réseaux pair-à-pair. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées et que l'accès au juge soit garanti; les FAI et les organisations des consommateurs doivent notamment avoir la possibilité de s'adresser à l'autorité compétente lorsqu'ils reçoivent une indication de la part des titulaires des droits.

#### 9.3.7. Poursuites civiles et pénales

Il faut pouvoir intenter des actions civiles efficaces et/ou des poursuites pénales contre les utilisateurs de réseaux pair-à-pair qui portent gravement atteinte aux droits d'auteur. Pouvoir les identifier s'avère donc indispensable. Lorsque l'abonné demeure passif malgré le message d'information visé au chiffre 9.3.6, le FAI doit communiquer, sur ordre de l'autorité compétente, l'identité de celui-ci au titulaire des droits afin que ce dernier puisse engager des poursuites civiles. Les titulaires des droits doivent dédommager de manière appropriée les FAI pour les dépenses résultant de l'identification de l'abonné. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées et que l'accès au juge soit garanti ; et ce notamment pour que le secret des télécommunications en droit privé puisse être levé et pour que la conservation et la durée de conservation des adresses IP nécessaires à l'identification des abonnés soient réglementées. Les FAI n'auraient pas d'autres obligations.

Une telle réglementation permettrait aux titulaires des droits d'obtenir directement les informations en vue d'une action civile au lieu de devoir se les procurer par le biais du droit de consultation du dossier en procédure pénale. Bien entendu, les instruments actuels de poursuite civile et pénale demeureraient inchangés. Seule la communication de l'identité de l'abonné contrevenant serait subordonnée à l'envoi préalable d'un message d'information et à l'ordre de l'autorité compétente.

#### 9.3.8. Exonération de la responsabilité des fournisseurs de services Internet

En plus des obligations imposées aux fournisseurs (FAI, opérateurs de moteurs de recherche, hébergeurs), il importe de réglementer aussi leur protection – pour autant qu'ils se conforment à leurs obligations – par des dispositions définissant clairement les responsabilités et l'exonération de la responsabilité. Conformément à la directive sur le commerce électronique de l'UE, il convient d'exclure les prétentions civiles, telles que les demandes en dommage-intérêts, en

cessation ou en suppression, à l'encontre des FAI et des exploitants de moteurs de recherche ainsi que la pénalisation de ces prestataires s'ils ne sont pas à l'origine de la transmission (de l'information recherchée), n'ont pas sélectionné le destinataire de la transmission et n'ont pas sélectionné ni modifié les informations faisant l'objet de la transmission. Il en va de même pour les hébergeurs Internet lorsqu'ils n'ont pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou qu'ils agissent promptement dès le moment où ils en prennent connaissance pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il ne faut pas non plus imposer aux prestataires une obligation de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent ou de rechercher activement des circonstances révélant des activités illicites. Il importe de prévoir expressément des dispositions d'exonération de la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement en particulier en lien avec les mesures présentées aux ch. 9.3.2 à 9.3.7. Ainsi, il importe par exemple de clarifier qu'un FAI ne sera pas tenu pour responsable pour une action qu'il aura entreprise en exécution des chiffres 9.3.2 à 9.3.7. L'exonération de la responsabilité doit s'appliquer que les demandes soient formulées par les titulaires ou qu'elles le soient par les clients internautes et les exploitants de sites Internet dans le cadre contractuel ou en dehors. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées.

#### 9.4. Adaptation des restrictions du droit d'auteur

##### 9.4.1. Généralités

Il y a lieu d'analyser s'il convient de réviser les restrictions du droit d'auteur en vue de soumettre le partage d'œuvres et de prestations via Internet au sein d'un cercle restreint de personnes à la gestion collective. Selon le droit en vigueur, le téléchargement d'une photo dont on est pas l'auteur sur son profil Facebook pour la partager avec ses amis relève du droit à la mise à disposition (art. 10, al. 2, let. c, LDA) et n'est pas autorisé. En effet, le cercle, beaucoup plus large, des « amis » sur Facebook ne correspond pas à celui des « personnes étroitement liées » visé dans l'actuelle restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées (art. 19, al. 1, let. a, LDA). Il est évident que les réflexions sur le réaménagement des restrictions doivent tenir compte des obligations découlant des traités internationaux et ne pas éluder les mesures prévues au ch. 9.3. Il importe tout particulièrement d'éviter la surtaxation des utilisateurs et des consommateurs et de garantir la primauté de la gestion individuelle.

#### 9.4.2. Exception en faveur des inventaires (projet de disposition et explications)

##### 9.4.2.1. Projet de disposition

L'AGUR12 accueille favorablement la requête de l'OFC, présentée sous le chiffre 3.54, d'introduire une nouvelle restriction du droit d'auteur en faveur des inventaires. Pour la concrétiser, le groupe de travail propose le libellé suivant :

*Art. 24d (nouveau) LDA : Inventaires*

<sup>1</sup>Les bibliothèques, les établissements d'enseignement, les musées et les archives accessibles au public et qui sont en mains publiques sont autorisés à reproduire de courts extraits d'œuvres ou d'exemplaires d'œuvres se trouvant dans leurs collections pour cataloguer et faire connaître celles-ci à condition que cette reproduction ne compromette pas l'exploitation normale des œuvres.

<sup>2</sup>Par courts extraits au sens de l'al. 1, on entend notamment les parties d'œuvres suivantes :

- a. Pour les œuvres des beaux-arts, notamment la peinture, la sculpture et les œuvres graphiques ainsi que pour les œuvres photographiques et autres œuvres visuelles : aperçu global de l'œuvre sous la forme d'une image de petit format à faible résolution.
- b. Pour les œuvres recourant à la langue : couverture sous la forme d'une image de petit format à faible résolution, titre, frontispice, table des matières ainsi que bibliographie et pages de couverture (...)
- c. ... (œuvres musicales et autres œuvres acoustiques).
- d. ... (œuvres filmiques et autres œuvres audiovisuelles).

##### 9.4.2.2. Explications

L'exception en faveur des inventaires proposée avec l'art. 24d (nouveau) s'inspire du privilège des archives au sens de l'art. 24, al. 1<sup>bis</sup>, LDA pour lesquelles le législateur avait franchi le cap du numérique en 2008 déjà. Il s'agit maintenant d'autoriser la reproduction d'extraits d'œuvres et d'exemplaires d'œuvres dans des inventaires dans des cas strictement définis, à condition que et dans la mesure où cette reproduction permette de cataloguer et de faire connaître les collections. Cette nouvelle disposition permet d'intégrer le processus de travail habituel des institutions de la mémoire dans la LDA sans le soumettre à une rémunération. La restriction formulée à l'al. 1 et les précisions apportées à l'al. 2 devraient exclure la jouissance de l'œuvre et sa réutilisation.

Le terme « inventaire » doit être compris au sens large et neutre du point de vue technologique. Il comprend toute forme actuelle et future d'inventaire, qu'il soit numérique ou analogique, en ligne ou hors ligne. Les catalogues en ligne « classiques » des bibliothèques et des musées tombent également sous ce terme. La forme des œuvres reproduites ne joue aucun rôle non plus : peuvent dès lors être reproduites les œuvres analogiques, mais aussi les œuvres purement numériques (à savoir les *digital born works*).

La reproduction d'une œuvre doit se limiter à un extrait court et utile pour l'utilisation de l'inventaire. De plus, elle ne doit pas compromettre l'exploitation normale de l'œuvre (p. ex. commerce de livres et de tableaux).

L'al. 2 précise, pour certaines catégories d'œuvres, ce qu'il faut entendre par « courts extraits ». L'actuel projet de disposition reflète à l'al. 2, let. a et b, le consensus qui a été obtenu dans le cadre de l'AGUR12 en ce qui concerne les œuvres recourant à la langue et les œuvres visuelles. S'agissant des œuvres recourant à la langue, il faudra encore débattre de la question de savoir si la reproduction gratuite de résumés d'œuvres scientifiques (*abstracts*) sera autorisée dans le cadre de la nouvelle exception en faveur des inventaires. Il semble en outre clair que si l'on souhaite que l'exception en faveur des inventaires soit à la fois incisive et viable, il faut qu'elle englobe toutes les catégories d'œuvres. C'est pourquoi la discussion devra être poursuivie, dans le prolongement des travaux de l'AGUR12, sur d'autres catégories et parties d'œuvres. Concernant la reproduction d'œuvres musicales et de films en vue de les inventorier, il est envisageable de définir, pour l'extrait, une durée maximale autorisée et de l'assortir d'un critère de résolution faible. *In fine*, il importe de formuler, dans le dialogue avec les parties prenantes concernées, cette exception en faveur des inventaires de manière à englober toutes les catégories d'œuvres.

#### 9.4.3. Redevance pour la copie privée et double paiement

Le système de redevance sur les supports vierges (art. 20, al. 3, LDA) est toujours opportun à l'heure du numérique. En effet, il permet une rémunération des ayants droit de manière simple, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective, tout en évitant une criminalisation des consommateurs. Toutefois, ce système est mal compris de la population et souvent critiqué. L'une des raisons est le problème dit du « double paiement ». Sans trancher les raisons juridiques qui, actuellement, pourraient justifier la coexistence des paiements à une plateforme en ligne et des redevances sur les supports vierges numériques, force est de constater que cette coexistence nuit à l'acceptation du système. Ce qui dérange, c'est surtout que les plateformes autorisent contre paiement un certain nombre de copies, lesquelles feront parfois encore l'objet de la redevance sur le support d'enregistrement. Une solution pourrait être de réserver la redevance aux cas où les copies privées, effectuées au moment du téléchargement ou subsé-



quement, ne font pas partie du service proposé par la plateforme aux internautes. Au sein de l'AGUR12, les avis divergent fortement concernant l'interprétation de l'art. 19, al. 3<sup>bis</sup>, LDA.

## 9.5. Autres recommandations

### 9.5.1. Pas de rémunération générale sous forme de forfait

Il convient de renoncer à une rémunération forfaitaire générale couvrant toutes les formes d'utilisation sur Internet et de conserver l'approche actuelle qui associe judicieusement des rémunérations collectives plus ou moins forfaitaires et la gestion individuelle.

### 9.5.2. Eviter les restrictions d'accès au marché et multiplier les offres légales

Il faut que les consommateurs se voient proposer des offres légales. Le législateur doit donc faire en sorte que le cadre légal ne renferme pas de restrictions involontaires d'accès au marché qui entraveraient la création d'offres légales. Il doit en outre garantir la diversité culturelle par le biais de mesures appropriées.

### 9.5.3. Application des restrictions du droit d'auteur aussi sur Internet

La révision du droit d'auteur de 2008 a introduit le droit de mettre à disposition sur Internet des contenus protégés (art. 10, al. 2, let. c LDA). Le système des portails en ligne fait obstacle à l'exercice des exceptions au droit d'auteur (art. 19 à 28 LDA). En particulier le droit de citation, non soumis à rémunération et si important pour la science, n'est plus assuré. L'AGUR12 recommande d'examiner par quels moyens il serait possible de garantir à nouveau l'exercice des restrictions du droit d'auteur inscrits dans la Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC, le WCT et le WPPT, par exemple par le biais d'un nouvel art. 28<sup>bis</sup> LDA et d'un nouvel article 69b LDA (interdiction d'entraver les utilisations autorisées par des mesures techniques). De l'avis du Tribunal fédéral (ATF 131 III 480 [490]), les dispositions sur les restrictions limitent les droits exclusifs de l'auteur dans l'intérêt de la collectivité ou de certains cercles d'utilisateurs. Ces dispositions ont permis au législateur de réglementer les cas de collisions des droits fondamentaux conférés par la Constitution dans le but d'atteindre un équilibre des intérêts divergents qui sont en jeu.