

intellectual property - propriété intellectuelle
propriété intellectuelle - intellectual property

Jacques de Werra (éd.)

Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain

Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain

Carlos M. Correa, Alain Strowel/Laura Somaini,
Florent Thouvenin, Daniel Kraus/Christophe Schaub,
Claire Fobe, Julien Cabay, Michèle Burnier



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain

Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain

Carlos M. Correa, Alain Strowel/Laura Somaini,
Florent Thouvenin, Daniel Kraus/Christophe Schaub,
Claire Fobe, Julien Cabay, Michèle Burnier

Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 5 février 2020



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2020
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: JACQUES DE WERRA (éd.), *Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain / Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*, Genève/Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8778-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119,
B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire / Contents

Avant-propos	V
Table des matières / Table of contents	IX
Table des abréviations / Table of abbreviations	XV
 Carlos M. Correa	
Data in a legal limbo: ownership, sovereignty or a digital public goods regime?	1
 Alain Strowel / Laura Somaini	
The Regulation of Non-Personal Data in the EU and the 2020 Data Strategy	29
 Florent Thouvenin	
Un droit de propriété sur les données en droit suisse?	59
 Daniel Kraus / Christophe Schaub	
Blockchain et Propriété intellectuelle	133
 Claire Fobe	
Les outils de recherche générés par les « Big Data » et l'intelligence artificielle	157
 Julien Cabay	
Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du « juste équilibre »	169
 Michèle Burnier	
Révision du droit d'auteur suisse: questions choisies sous l'angle du Big data	275

Révision du droit d'auteur suisse : questions choisies sous l'angle du Big data

MICHÈLE BURNIER*

I. Introduction

La dernière révision de la loi sur le droit d'auteur (ci-après « LDA ») s'est heurtée, comme toutes les révisions précédentes, à la complexité de la matière et aux intérêts opposés d'une part des auteurs et d'autre part des consommateurs. C'est ainsi en 2012 déjà que le Département de justice et police a institué un groupe de travail réunissant des représentants des artistes, des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs (AGRUR¹).

En 2015, l'avant-projet soumis à consultation a soulevé 1224 avis et a démontré qu'il subsistait de nombreuses divergences sur le contenu à donner à cette révision. La lutte contre le piratage demeurait toutefois le noyau de la révision. Ce volet était rendu d'autant plus indispensable que les Etats-Unis avaient inscrit en 2016 la Suisse sur la liste des pays présentant, de leur point de vue, des déficits dans la protection du droit d'auteur².

En février 2018, le nouveau projet de loi, élaboré avec l'aide de l'AGRUR, et le message du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 (ci-après le « Message »), ont été publiés³. Suite à des débats nourris devant les Chambres

* Avocate, Étude Pestalozzi Avocats SA, Genève.

1 L'acronyme résulte de la dénomination allemande « Arbeitsgruppe für Urheberrecht ».

2 Tous les ans, le représentant des Etats-Unis pour le commerce établit un rapport (*Special 301 Report*) qui fait état de la protection des biens immatériels dans le monde. Les pays présentant des déficits dans la protection des droits de propriété intellectuelle sont mis sur une liste d'observation (*watch list*). <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR-2016-Special-301-Report.pdf>.

3 Message du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 publié dans la FF 2018 559.

fédérales, le projet définitif a été publié le 8 octobre 2019⁴, avec un délai référendaire au 16 janvier 2020. Le référendum annoncé par le parti pirate suisse n'ayant pas abouti, la loi révisée est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020.

La lutte contre le piratage constitue le cœur de la révision de la loi. C'est dans tous les cas ce qu'affirme le Conseil fédéral à l'appui de son Message. La loi révisée, objet d'un consensus dans la plus pure tradition helvétique, ne peut toutefois que décevoir tant les représentants des bénéficiaires des droits d'auteur que les partisans d'un usage libre de l'Internet. La loi prévoit ainsi des mesures contre le piratage qui doivent être déployées principalement à l'encontre des hébergeurs, puisqu'aucune mesure n'est prévue à l'encontre des fournisseurs d'accès. De même, la restriction visant l'usage privé ancrée à l'art. 19 de la loi n'a pas été modifiée et les moyens de lutte envisagés ne doivent pas criminaliser les consommateurs.

La présente contribution vise à présenter certaines des nouveautés qui ont été introduites sur la base du choix arbitraire de son auteur.

II. Les nouvelles mesures contre le piratage en ligne (article 39d LDA)

Pour rappel, il existe deux types de fournisseurs Internet⁵:

- *Le fournisseur d'accès*, soit une entreprise qui offre à sa clientèle un accès à Internet et au courrier électronique (courriels) grâce à son infrastructure technique;
- *L'hébergeur* (ou fournisseur d'hébergement), soit un exploitant de services sur lesquels sont hébergés des contenus déposés par des usagers.

Dans un premier temps, il était prévu d'instaurer des mesures de blocage aux fournisseurs d'accès. Ces mesures de blocage sont déployées généralement pour bloquer l'accès à des contenus illicites (pornographie infantine, etc.). De telles mesures ont été introduites dans la loi fédérale sur les jeux d'argent⁶ et visent à restreindre l'accès aux offres de jeux en

4 FF 2019 6245.

5 Les définitions sont celles du Message.

6 Loi sur les jeux d'argent (RS 935.51, LJA), articles 86 ss LJA.

ligne non autorisés en Suisse⁷. L'introduction de mesures similaires dans la loi sur le droit d'auteur a été fortement discutée, notamment lors des débats parlementaires. Le législateur a finalement renoncé à introduire des mesures de blocage aux fournisseurs d'accès et la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en février 2019 reste d'actualité s'agissant de la possibilité d'obtenir des mesures de blocage à l'encontre des fournisseurs d'accès⁸.

A. Obligations des fournisseurs de services d'hébergement Internet

Le législateur s'est donc concentré sur des mesures visant les hébergeurs tout en tenant compte du système actuel d'autorégulation. L'association *simsa*⁹, l'association faîtière des fournisseurs d'hébergement, a en effet mis en place un Code de conduite hébergement (ci-après le « Code »)¹⁰. Selon le Code, lorsqu'un hébergeur apprend que l'un de ses clients a stocké sur son serveur des contenus protégés par le droit d'auteur et qu'il les met illicitement en circulation, deux solutions s'offrent à lui: (i) informer son client du signalement et lui demander de supprimer l'information (*notice to notice*) ou de motiver le caractère légal des contenus ou (ii) dans les cas clairs, l'hébergeur peut bloquer entièrement ou partiellement l'accès au site Internet concerné à sa seule discrétion. Le système mis en place est toutefois inefficace lorsque l'hébergeur transforme les atteintes aux droits en modèle commercial. Dans ces cas, une fois retirés des serveurs, les contenus illicites sont régulièrement remis en ligne, de sorte que les titulaires des droits se voient obligés de réagir à nouveau.

Afin d'éviter ces inconvénients, l'autorégulation est aujourd'hui complétée par une obligation légale pour les hébergeurs générant un risque

7 Les fournisseurs de services de télécommunication au sens de l'art. 4 LTC ont l'obligation de bloquer l'accès aux sites Internet de jeux d'argent illicites.

8 ATF 145 III 72: Dans cet arrêt, le TF a considéré qu'un lien de causalité adéquat fait défaut pour les fournisseurs d'accès Internet qui permettent à leurs abonnés de consulter des sites mettant illicitement à disposition des œuvres. Ces fournisseurs ne peuvent donc pas être tenus de bloquer des sites web. Cet arrêt a toutefois déjà été critiqué par la doctrine (notamment Julien Francey, Un fournisseur d'accès Internet ne peut pas être tenu de bloquer un site de streaming, in: www.lawinside.ch/726/).

9 Swiss Internet Industry Association.

10 www.infomaniak.com/documents/simsa/fr.pdf.

particulier de violations du droit d'auteur. Ces fournisseurs d'hébergement doivent veiller à ce que les contenus qui ont été retirés une fois de leurs serveurs n'y seront pas réintroduits (*obligation de stay down*). Le législateur a donc introduit un nouvel article 39d LDA qui vise uniquement les fournisseurs d'hébergement. Compte tenu de la formulation neutre du point de vue technologique de la LDA, l'hébergeur est directement défini dans la loi comme un « fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers ». Par « sauvegarde » il faut entendre, du point de vue du fournisseur, une sauvegarde passive, alors que les usagers enregistrent (activement) des contenus sur les serveurs.

Dans la pratique, cela ne signifie toutefois pas que les hébergeurs concernés surveillent tous les contenus sur leurs serveurs. L'obligation, inscrite à l'art. 39d, de veiller à ce que les contenus violant le droit d'auteur ne soient pas réintroduits une fois qu'ils ont été retirés vise uniquement les hébergeurs à l'origine d'un risque particulier de violations du droit d'auteur et sur les serveurs desquels des contenus illicites retirés sont remis en ligne de façon répétée. Les hébergeurs ne sont donc tenus de se conformer à l'obligation de *stay down* que si les conditions énoncées à l'al. 1, let. a à c, sont toutes réunies.

La première condition est que « l'œuvre ou l'objet protégé a déjà été rendu accessible à des tiers de manière illicite par le biais du même service »¹¹. Il est donc question de contenus ou de liens illicites qui ont déjà été retirés une fois des serveurs de l'hébergeur et qui ont été remis en ligne après. La seconde condition est que le fournisseur « a été rendu attentif à la violation du droit ». Dans la pratique, cette information lui parviendra probablement le plus souvent sous une forme électronique. Cette notification doit décrire la violation du droit et contenir suffisamment d'indications pour que l'œuvre ou l'objet protégé en cause puisse être clairement identifié (par ex. grâce à une empreinte numérique)¹². Enfin, la troisième condition est liée au « risque particulier »¹³. Il y a un risque particulier lorsque le service fourni par l'hébergeur « favorise » les violations du droit d'auteur « notamment en raison de son fonctionnement technique ou de ses objectifs économiques ». Il suffit qu'un seul des critères mentionnés à la let. c soit rempli pour que l'on puisse sup-

11 Article 39d al. 1 lit. a LDA.

12 Message, ad. 39d LDA.

13 Article 39d lit. c LDA.

poser la favorisation des violations. Le Message précise que les critères précités sont sciemment définis au moyen de termes juridiques indéfinis et devront être précisés dans chaque cas particulier par le juge. Cette formulation doit ainsi permettre de tenir compte des développements futurs. L'art. 39d al. 2 limite cependant l'obligation de *stay down* à des mesures qui peuvent être raisonnablement exigées de l'hébergeur « *d'un point de vue technique et économique compte tenu du risque de violation* ». L'étendue de l'obligation dépendra donc du cas particulier et notamment de l'espace de mémoire, de la taille et du professionnalisme du fournisseur.

Enfin, l'article 62 LDA a été complété par un alinéa 1^{bis} afin de permettre aux titulaires de droits d'intenter une action civile pour obtenir des hébergeurs qu'ils se conforment à cette obligation légale.

A la lecture de cette nouvelle disposition, force est de constater que sa portée est toutefois très limitée et qu'elle permettra uniquement de lutter contre l'établissement de plateformes de piratage en Suisse. En effet, si la loi permet que des actions puissent être introduites en Suisse à l'encontre de plateformes visant le marché suisse, la mise en œuvre des décisions s'avère toujours difficile. La nouvelle réglementation permet donc uniquement de sanctionner des violations bien spécifiques, de sorte que le Code garde toute son importance.

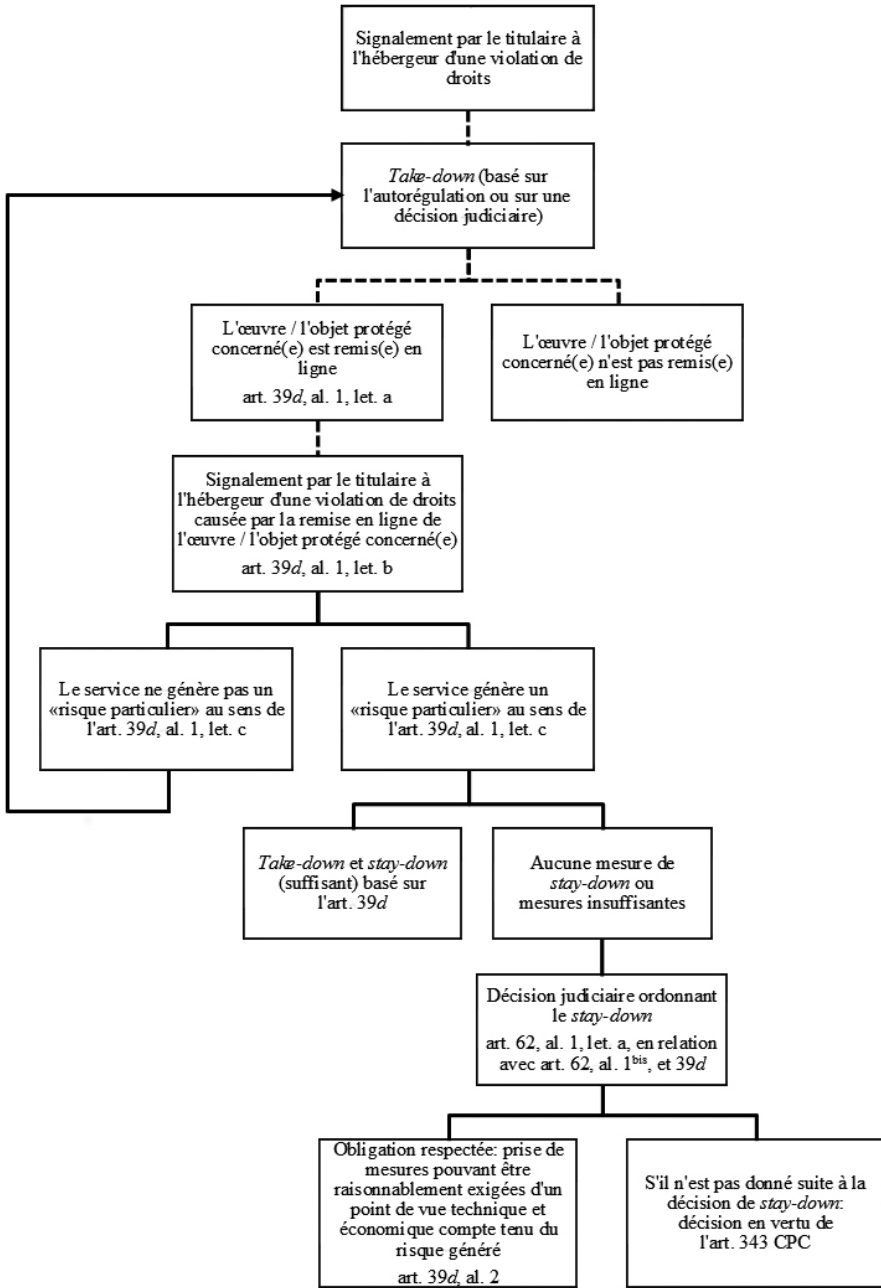


Schéma tiré du Message, p. 604.

B. Traitement des données personnelles

Par ailleurs, le législateur a également introduit une nouvelle disposition permettant de lutter plus efficacement contre les réseaux « pair à pair (ou *peer-to-peer*)¹⁴ » qui offrent du partage illégal de contenus protégés. L'usage privé reste toutefois admis en Suisse et l'utilisateur qui ne fait que télécharger des données ne sera pas sanctionné. Lorsque le réseau pair à pair permet toutefois le partage illégal de contenus protégés par le droit d'auteur (ce qui est fréquemment le cas), le titulaire des droits peut déposer une plainte pénale à l'encontre du consommateur qui a mis à disposition du contenu par le biais de la plateforme. Pour ce faire, il doit toutefois fournir l'adresse IP¹⁵ utilisée pour proposer les contenus. Suite à un arrêt du Tribunal fédéral¹⁶, les adresses IP ont été qualifiées de données personnelles au sens de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD). En vue notamment de remédier à cette décision, l'art. 77i LDA crée une base légale pour « *le traitement des données personnelles en vue de déposer une plainte ou une dénonciation pénale* ». Le « traitement » des données visé à l'art. 77i LDA s'entend de tout traitement tel que défini à l'article 3, litt. e LPD et il ne se limite pas à la poursuite pénale de violations du droit d'auteur dans les réseaux pair à pair. La nouvelle disposition vise toutes les violations qui imposent des traitements de données personnelles en vue d'engager des poursuites pénales. Cette disposition ne permet toutefois pas le traitement de données personnelles en vue d'initier une action civile, notamment en dommages et intérêts¹⁷.

La nouvelle disposition prévoit expressément que le titulaire des droits doit « *accéder légalement à ces données* ». Il y aurait collecte illégale de données par exemple si le titulaire agissait en violation d'une disposi-

14 Le Message donne la définition suivante d'un réseau pair à pair: *un réseau pair à pair est un réseau Internet qui permet à plusieurs ordinateurs égaux de communiquer entre eux sans transiter par un serveur central au moyen d'un logiciel P2P. Chaque ordinateur connecté à ce réseau peut offrir aux autres ordinateurs connectés à ce même réseau des fonctions et des services et utilisés les fonctions et services proposés. Une des applications possibles du pair à pair est le partage illégal de contenus protégés par le droit d'auteur.* (page 654).

15 L'adresse IP est le numéro d'identification attribué à un appareil (ordinateur, routeur, imprimante) qui est connecté à un réseau informatique utilisant le protocole Internet (IP). Elle permet l'acheminement des données. (Message, page 652)

16 Décision « Logistep » ATF 136 II 508.

17 Le Conseil fédéral a justifié cette limitation par la sauvegarde du secret des télécommunications (Message, p. 615).

tion légale, en particulier d'une disposition du code pénal. Un titulaire n'est dès lors pas autorisé à s'introduire dans un système de traitement des données d'un tiers protégé (hacking) pour se procurer les données dont il a besoin. Enfin, la nouvelle disposition prévoit que le titulaire des droits est tenu « *de déclarer publiquement le but, le type de données traitées et l'étendue de leur traitement* »¹⁸ et qu'il n'est pas autorisé « *à combiner les données personnelles visées à l'al. 1 avec des données qui ont été collectées dans d'autres buts* »¹⁹.

III. La protection des photographies sans caractère individuel: une nouvelle catégorie d'œuvre (article 2 al. 3^{bis} LDA)

Actuellement, les photographies sont protégées par le droit d'auteur uniquement si elles présentent un caractère individuel. Par conséquent, les clichés qui documentent les événements actuels ou les photographies de produits d'un haut niveau d'exécution ne sont souvent pas protégés faute de bénéficier d'un caractère individuel.

Afin d'offrir une meilleure protection aux photographes, lesquels n'ont souvent pas la possibilité de se défendre contre la réutilisation de leurs images, ni d'en tirer un revenu, la LDA a introduit un nouvel article 2 al. 3^{bis} qui offre une protection aux photographies même si elles sont dépourvues de caractère individuel. Le législateur a ainsi introduit une nouvelle catégorie d'œuvre, laquelle s'inspire directement des droits allemand et autrichien. La durée de protection est toutefois limitée à 50 ans à compter de la publication ou, à défaut de publication, de la confection²⁰.

Les photographies bénéficieront dorénavant en Suisse de deux types de protection différents en fonction de leur caractère individuel ou non: celles pour lesquelles un caractère individuel existe bénéficieront de la protection habituelle alors que celles qui n'ont aucun caractère individuel seront aussi protégées mais pour une période plus courte.

Le nouvel article 2 al. 3^{bis} considère dorénavant comme des œuvres « *les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue*

18 Article 77i al. 2 LDA.

19 Article 77i al. 3 LDA.

20 Article 29 al. 2 *abis* LDA.

à la photographie d'objets tridimensionnels, même si elles sont dépourvues de caractère individuel». Cette disposition permet ainsi de placer sous la protection du droit d'auteur toutes les photographies, peu importe leur caractère individuel ou non (les photos de vacances, les selfies, etc.) et quelle que soit la qualification du photographe (photographe professionnel ou photographe amateur). Dès lors que, en droit suisse, une œuvre est « une création de l'esprit, littéraire ou artistique »²¹, l'auteur de la photographie doit néanmoins nécessairement être une personne physique. Cette définition exclut donc de la protection les clichés obtenus par des procédés de photographie automatique (photos de radars, de caméras de surveillance ou de pièges de caméra).

La nouvelle catégorie d'œuvre est étendue aux productions photographiques « d'objets tridimensionnels » et à celles « obtenues par un procédé analogue à la photographie ». L'objet à la base de la photographie doit donc être tridimensionnel. Les photographies de produits commerciaux seront donc aussi protégées mais pas les photocopies²² ou un autre type de reproduction de textes, plans, représentations graphiques, autres photographies et documents bidimensionnels.

Dorénavant, les productions obtenues par un procédé analogue à la photographie sont également protégées. Cet élargissement de la notion de photographie permet d'inclure les clichés obtenus grâce à des techniques d'imagerie de transmission (par ex. infrarouge ou rayons X) ainsi que les microcopies, macrocopies et reproductions de négatifs.

Cette extension des droits d'auteur implique que des secteurs, notamment les domaines médical et scientifique, qui n'étaient actuellement pas (ou peu) visés par le droit d'auteur sur les photographies, seront concernés. Cette nouvelle disposition ne permet à notre avis certes pas au radiologue de refuser de remettre une radiographie à son patient²³. Il s'avérera par contre opportun d'adapter les contrats de prestation et de travail à cette nouvelle situation juridique. En effet, les photographes qui réalisent des photographies dépourvues de caractère individuel ont les mêmes droits à rémunération et droits moraux que les autres auteurs

21 Article 2 al. 1 LDA.

22 Une photocopie est techniquement une photographie d'un document en deux dimensions.

23 Le patient consulte un radiologue en vue d'obtenir une radiographie et il a donc droit à ce document en contre partie de la rémunération du médecin. Le patient ne sera par contre pas en droit de publier ses radiographies sur son profil Facebook.

(art. 9 et 10 LDA). L'usage d'une photographie est dorénavant licite si l'auteur a expressément autorisé l'usage ou si l'auteur a déclaré qu'elle était libre de droit. En cas de doute, celui-ci bénéficiera à l'auteur et la reprise sera dès lors en principe illicite.

Comme la cession des droits d'auteur n'est pas réglée par l'article 332 du Code des obligations traitant de la cession des droits de propriété intellectuelle dans le droit du travail, lorsque l'œuvre est créée dans le cadre d'un contrat de travail conformément au cahier des charges, il est en principe admis que l'employé a cédé ses droits à l'employeur (cession implicite des droits). En cas de doute, le cédant ne transfère toutefois pas plus de droits que ne l'exige le but de la transaction. Afin d'éviter tout litige futur, il est recommandé d'adapter les contrats afin de bien définir l'objet et l'étendue du transfert (pour quel usage, quelle durée, combien d'éditions, etc.).

Aux termes de l'article 9 LDA, l'auteur a sur son œuvre des prérogatives d'ordre moral. Celles-ci comprennent notamment le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre. L'octroi d'un droit d'utilisation n'emportant pas à lui seul le transfert du droit de paternité²⁴, il est recommandé de conclure une convention qui portera aussi sur la forme et le contenu du crédit photographique. Suivant les domaines d'activités, notamment dans la publicité, il est d'usage de ne pas mentionner l'auteur. Par analogie, cet usage pourra être transposé dans d'autres domaines, notamment tout le secteur médical.

De même, l'article 11 LDA pose le principe de l'intégrité de l'œuvre, notamment que l'œuvre ne peut être modifiée qu'avec l'accord de l'auteur. Dans la mesure où la nouvelle disposition protège les photographies sans caractère individuel, l'application de ce principe ne va pas aller sans soulever des problèmes quant à l'étendue effective de ce droit.

La modification législative va aussi entraîner un bouleversement dans le partage et l'échange de photographies par l'intermédiaire des réseaux sociaux. Jusqu'à aujourd'hui, l'échange de photographies était limité essentiellement par le droit à l'image. Dorénavant, chaque photo étant protégée, son auteur peut décider de quand, où et comment il veut la diffuser. Le partage de photos dans un groupe Whatsapp ou sur Twitter pourrait donc être illégal et donner lieu à des plaintes. En effet, le fait qu'une photo aura été partagée dans un groupe ne signifiera pas qu'elle

24 CR PI-Edgar PHILIPPIN, art. 9 LDA N 14.

pourra être reprise et diffusée dans un autre groupe. C'est au demeurant ce motif qu'avait invoqué le parti pirate suisse pour contester la nouvelle loi²⁵.

L'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition soulève par ailleurs des questions intéressantes de droit transitoire. Aux termes de l'article 80, al. 1 LDA, les photographies réalisées avant l'entrée en vigueur de la présente révision partielle seront également protégées. L'article 80 al. 2 LDA précise que l'application du nouveau droit se limite aux utilisations entreprises après son entrée en vigueur. Autrement dit, le nouveau droit n'est pas applicable aux utilisations achevées qui étaient licites sous l'ancien droit et qui seraient considérées comme une violation du droit d'auteur sous le nouveau droit. Ainsi, si une image dépourvue de caractère individuel a été utilisée par le passé dans un article de presse, une revue, un site Internet ou un livre, il n'est pas nécessaire d'obtenir après coup une autorisation pour cette utilisation passée.



Gisela Blau, « Christoph Meili », UBS, siège de Zurich, 08.01.1997

En vertu de l'art. 2, al. 3^{bis}, LDA, la photo ci-dessus montrant Christoph Meili, soit une photo dépourvue de caractère individuel²⁶, sera dorénavant protégée contre toute utilisation illicite. Mais le photographe ne peut pas faire valoir rétroactivement des droits sur ce cliché, même s'il a été utilisé à l'époque dans une émission de la British Broadcasting Corporation. Par contre, si cette même photo est utilisée après le 1^{er} avril 2020 pour illustrer un article relatant les événements à l'origine de cette

25 <https://www.swissinfo.ch/fre/toute-l-actu-en-bref/le-parti-pirate-lance-un-référendum-contre-le-droit-d-auteur/45370762>.

26 Une photo dépourvue de caractère individuel selon ATF 130 III 714.

photographie, l'accord du photographe (ou du titulaire des droits) devra être obtenu avant la publication de l'article.

De même, les photographies utilisées sur Internet pourront continuer à être utilisées, y compris dans les archives en ligne. Il faudra toutefois éviter de réutiliser des photographies existantes pour un autre but car il sera alors nécessaire de requérir l'accord de l'auteur pour cette nouvelle utilisation sous réserve des utilisations autorisées par la loi²⁷. Cette nouvelle disposition pourra poser problème aux entreprises qui gèrent des sites Internet permettant le partage de photos, même si c'est uniquement à l'interne, par l'intermédiaire d'un système Intranet. Afin d'éviter des désagréments futurs, il est recommandé d'adapter les conditions générales des sites Internet et les conditions d'utilisation de l'Intranet aux nouvelles dispositions, en particulier en précisant quels sont les droits d'utilisation qui sont cédés par la diffusion des photos. Une telle adaptation est d'autant plus nécessaire que, grâce à l'empreinte numérique des photos, il est simple et rapide de traquer tout usage d'une photographie et donc d'identifier les usages illicites. Certaines sociétés en ont d'ailleurs fait leur modèle commerciale et les utilisateurs suisses ont été nombreux à être interpellés par de telles sociétés.

IV. Utilisation d'œuvres à des fins scientifiques (article 24d LDA)

Aujourd'hui, de grandes quantités d'informations (textes, sons, images et autres données) sont sauvegardées dans des bases de données numériques. Ces informations peuvent ensuite être analysées automatiquement par des systèmes de fouille de textes et de données (*text and data mining*). La fouille (ou encore le forage) de données est une composante essentielle des technologies du Big Data et des techniques d'analyse de données volumineuses. Elle permet des analyses prédictives et l'exploitation des données. Le Message précise que la fouille de données est « *une méthode scientifique qui a recourt à des procédés analytiques utilisant des algorithmes dans le but d'explorer des données volumineuses peu ou pas structurées et de trouver des motifs, par exemple, pour développer de nouvelles thèses scientifiques ou vérifier des thèses existantes. La fouille de données est surtout utilisée dans la recherche et implique géné-*

27 Le Chapitre 5 de la LDA énumère les diverses restrictions au droit d'auteur.

ralement la confection de copies des œuvres utilisées: le format des exemplaires des œuvres est modifié et les copies des informations qui doivent être analysées sont enregistrées sur un serveur distinct »²⁸.

Dans ce contexte, certaines recherches pouvaient se heurter à la LDA lorsqu'elles portaient sur des données protégées. En particulier, l'article 24a LDA, traitant de la restriction pour les reproductions provisoires, n'offrait pas de garanties suffisantes vu l'incertitude sur le caractère provisoire – ou non – de la sauvegarde résultant de la recherche. Le législateur a donc introduit une restriction des droits d'auteur en faveur de la science, qui doit notamment permettre les reproductions nécessaires à la fouille de textes et de données.

Le nouvel art. 24d, al. 1 LDA prévoit ainsi que *« la reproduction d'une œuvre à des fins de recherche scientifique est autorisée lorsqu'elle est nécessaire à l'application d'un procédé technique et que l'accès à l'œuvre reproduite est licite »*. A titre préliminaire, il faut relever que par l'usage du terme « reproduction », la disposition est formulée de manière ouverte. Elle ne précise donc pas quelle doit être la technologie de reproduction utilisée pour que l'exception s'applique. La restriction s'applique non seulement aux reproductions provisoires mais aussi aux copies permanentes pour autant que les conditions posées à la reproduction de copies soient remplies. Le Message précise la notion de recherche scientifique comme suit: *« on entend la recherche systématique, fondamentale ou appliquée, de nouvelles connaissances dans une discipline scientifique et dans un cadre interdisciplinaire »²⁹*. Pour que la restriction en faveur de la science s'applique, il faut donc que la recherche scientifique constitue la finalité principale des travaux, ce qui n'englobe pas l'enseignement ni d'autres activités scientifiques. La copie doit donc être directement liée à la recherche. La nouvelle disposition s'applique uniquement lorsqu'elle est *« nécessaire à l'application d'un procédé technique »*. Elle couvre donc uniquement le droit de reproduction et ne s'applique qu'à des cas bien particuliers. Contrairement au droit européen, la restriction en faveur de la science n'est sciemment pas limitée à la recherche non commerciale. Le Message justifie cette différence au motif qu'*« une telle limitation causerait trop de difficultés de délimitation dans la pratique: par exemple lors de coopérations entre hautes écoles et entreprises, lors de recherches menées par des hautes écoles débouchant sur des entre-*

28 Message, page 594.

29 Message, page 595.

prises spin-off, etc. ». Ce choix du législateur suisse est à saluer et permet la confection de copies d'une œuvre à des fins scientifiques indépendamment de la question de savoir quel organisme fait la recherche et quel organisme la finance. Enfin, la restriction au droit d'auteur inscrite à cet article ne s'applique pas aux logiciels (article 24d, al. 3 LDA).

Cette disposition complète d'autres restrictions au droit d'auteur que les scientifiques peuvent également faire valoir comme le droit de citation (art. 25 LDA) ou celui de pouvoir utiliser des exemplaires d'œuvres à des fins d'information interne ou de documentation (art. 19, al. 1, let. c, LDA).

V. Les licences collectives étendues (article 43a LDA)

L'ordre juridique suisse ne connaît pas les licences collectives. Il s'agit donc d'une nouveauté qui a pour objectif de faciliter l'utilisation d'œuvres (par ex. photographies, films d'archives, livres ou articles de journaux ou de magazines ayant une valeur historique ou culturelle) lorsque l'identification et la localisation des titulaires des droits sur les œuvres paraissent disproportionnées. Le but de cette disposition est de délivrer une licence collective sur les œuvres plutôt que de solliciter plusieurs licences privées, ce qui peut occasionner des frais importants et donc dissuader l'utilisation de ces œuvres.

L'article 43a, al. 1 LDA précise les conditions d'octroi de licences collectives étendues et a le contenu suivant :

« Lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées, une société de gestion peut également exercer, pour des titulaires des droits qu'elle ne représente pas, les droits exclusifs pour la gestion desquels elle n'est pas soumise au régime de l'autorisation visé à l'art. 41, si les conditions suivantes sont remplies :

a. l'utilisation sous licence ne compromet pas l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées ;

b. la société représente un nombre significatif de titulaires de droits dans le domaine d'application de la licence. »

Les sociétés de gestion, pour autant qu'elles soient agréées et qu'elles représentent un nombre significatif de titulaires de droits dans le

domaine d'application de la licence³⁰, pourront donc octroyer, sous certaines conditions, des licences collectives étendues lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres divulguées et de prestations protégées. La particularité est que les licences collectives étendues pourront également porter sur des œuvres et des prestations de titulaires qui ne sont pas membres de la société de gestion qui octroie les licences.

Une licence collective étendue peut s'appliquer uniquement aux droits exclusifs non soumis au régime de l'autorisation au sens des art. 40 et 41 LDA, c'est-à-dire aux droits pour lesquels le législateur n'a pas prévu de gestion collective obligatoire. Une licence collective étendue sera donc exclue pour les domaines de gestion soumis à la surveillance de la Confédération tels qu'énumérés à l'article 40 LDA. Une licence collective étendue sera aussi exclue lorsque la loi prévoit des utilisations autorisées en raison d'une restriction au droit d'auteur (cf. chapitre 5 LDA).

Le seuil quantitatif (« *un grand nombre d'œuvres* ») n'est pas défini dans la loi et devra être interprété de cas en cas, en fonction des catégories d'œuvres et des droits concernés. Ce sont les sociétés de gestion qui devront définir ce seuil et il se peut que celui-ci varie en fonction de la nature des œuvres. Dans la mesure où les sociétés de gestion assumeront la responsabilité de leur choix, il est dès lors à craindre qu'il existe une grande imprévisibilité sur les conditions d'octroi de ces licences et que le seuil soit exagérément élevé afin de limiter la responsabilité de ces sociétés.

L'octroi de licences collectives étendues en vertu de l'article 43a LDA est soumis à une seconde condition: celle que l'utilisation sous licence ne compromette pas l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées³¹. Le mécanisme prévu à l'article 43a al. 3 LDA prévoit ainsi que les sociétés de gestion doivent « *informer de manière appropriée, notamment par la publication à une adresse facilement accessible et identifiable, de l'octroi de licences collectives étendues, avant l'entrée en vigueur de celles-ci* ». La loi ne définit pas qu'elle est « *la manière appropriée* » d'informer les titulaires de droit. De même, la loi ne fixe pas un

30 Selon le Message, page 607: *Pour remplir ce critère, il devrait suffire, dans la pratique, que les membres de la société de gestion soient actifs dans la catégorie d'œuvres et de prestations concernés et qu'il existe des accords de réciprocité avec des sociétés sœurs étrangères dont les membres créent des œuvres et fournissent des prestations susceptibles d'être couvertes par la licence* ».

31 Article 43a, al. 1, lit. a LDA.

délai minimum pour procéder à cette information. Le Message précise uniquement que les sociétés de gestion « *doivent garantir, notamment pour les titulaires étrangers concernés, que cette information se fasse dans un délai raisonnable avant l'entrée vigueur et l'utilisation prévue et de manière appropriée, par exemple aussi en anglais* »³². Le libellé est tellement général qu'il pourra donner lieu à interprétation et qu'il faudra examiner dans chaque cas si ces conditions sont remplies. Se posera alors à nouveau la question de la responsabilité de la société de gestion si elle n'a pas informé de manière appropriée les titulaires des droits concernés.

Suite à cette information, ces titulaires pourront faire usage de leur droit « *d'opt-out* », autrement dit de leur prérogative d'exclure leurs œuvres de la licence collective étendue conformément à l'article 43a, al. 4 LDA. L'art. 43a al. 4 LDA prévoit en effet que « *les titulaires de droits ou les titulaires de licences exclusives* » peuvent demander l'exclusion de leurs œuvres d'une licence collective étendue. La loi autorise dès lors le titulaire d'un droit exclusif à faire usage du droit *d'opt out*. Aux termes de l'article 62 al. 3 LDA, « *la personne qui dispose d'une licence exclusive peut elle-même intenter l'action pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement* ». Il est donc possible d'exclure contractuellement la possibilité pour le licencié exclusif d'ouvrir action. Une telle limitation n'a pas été reprise à l'article 43a LDA mais devrait aussi exister dans le cadre d'une licence collective étendue. Le titulaire des droits devrait ainsi être en droit d'interdire contractuellement à son licencié exclusif de faire usage du droit *d'opt-out*. On ne voit en effet pas ce qui justifierait le caractère impératif du droit *d'opt-out* pour le bénéficiaire d'une licence exclusive. Une telle exclusion devrait d'autant plus être reconnue que le droit suisse ne définit pas la licence exclusive. En droit suisse, une licence « exclusive » peut être octroyée à un tiers alors même que le titulaire des droits garde lui-même le droit d'utiliser son droit sur le territoire. En conséquence, ce dernier peut avoir intérêt à refuser que le licencié exclusif soit autorisé à faire valoir son droit *d'opt-out*.

En conclusion, les sociétés de gestion devront évaluer le risque de violation des droits des titulaires et l'assumeront lorsqu'elles octroieront une licence. La question de la responsabilité des sociétés de gestion dépendra ainsi de la nature – privée ou publique – du contrat qu'elles passeront avec les preneurs de licence. Contrairement à la gestion obligatoire qui prévoit la négociation de tarifs, lesquels une fois acceptés ont force

32 Message, page 608.

obligatoire, de tels tarifs n'existeront pas³³. La société de gestion agréée, au bénéfice d'une autorisation du Conseil fédéral conformément à l'article 41 LDA, négociera des contrats de licence et déterminera seule non seulement le seuil quantitatif mais également le montant à payer pour la licence. La gestion d'œuvres sous licences collectives étendues est toutefois soumise aussi bien à l'obligation de renseigner et de rendre compte (art. 50 LDA) qu'à la surveillance prévue aux art. 52 à 54 LDA. La surveillance de la gestion doit porter en particulier aussi sur le mécanisme de *l'opt-out* et sur le respect du principe de l'égalité de traitement (art. 45, al. 2, LDA).

La nature de la décision qu'une société de gestion rendra sur ces points pourrait en principe relever du domaine privé, mais elle pourrait aussi relever du droit public dans la mesure où la société de gestion agit sur la base d'un mandat qui trouve son origine dans la loi et qu'elle reste soumise à une obligation de renseigner et à la surveillance de l'autorité. La loi est muette sur ces questions, alors même que celles-ci sont déterminantes pour le preneur de licence. Si une société de gestion refuse l'octroi d'une licence collective étendue, il sera en effet difficile d'agir par la voie civile pour obtenir de cette dernière qu'elle octroie ladite licence. Une action auprès de l'autorité de surveillance serait à cet égard beaucoup plus praticable pour le preneur de licence. La jurisprudence devra répondre à ces questions.

VI. Utilisation d'œuvres orphelines (article 22b LDA)

Le nouvel article 22b LDA élargit la notion d'œuvre orpheline³⁴ et en donne dorénavant une définition : une œuvre est réputée orpheline si le titulaire des droits qui s'y rapportent est inconnu ou introuvable à l'issue d'une recherche au prix d'un effort raisonnable. En vertu de l'article 22b, al. 2 LDA, ce sont les sociétés de gestion agréées qui pourront exercer les droits visés à l'art. 10 relatifs à une œuvre orpheline, ce pour autant que l'œuvre soit utilisée à partir d'un exemplaire qui « *a. se trouve dans des fonds de bibliothèques, d'établissements d'enseignement,*

33 L'article 43a, al. 5 prévoit que « *ni les dispositions sur les tarifs (art. 46 et 47), ni celles sur la surveillance des tarifs (art. 55 à 60) ne s'appliquent aux licences collectives étendues* ».

34 La modification élargit le champ d'application de la restriction actuelle prévue à l'art. 22b LDA, laquelle est conçue pour les archives des organismes de diffusion.

de musées, de collections ou d'archives qui sont en mains publiques ou accessibles au public ou dans les fonds d'archives des organismes de diffusion, et b. a été produit, reproduit, mis à disposition en Suisse ou cédé à une institution au sens de la let. a ».

Il sera dorénavant possible de solliciter une licence également lorsque l'œuvre orpheline se trouve en mains privées pour autant qu'elle soit accessible au public. Il sera dès lors possible de solliciter une licence sur des œuvres abritées dans un musée privé accessible au public. De même, n'importe qui, donc y compris un particulier, pourra bénéficier d'une licence. Aux termes de la nouvelle disposition, les droits d'utilisation visés à l'art. 10, al. 2, LDA d'une œuvre orpheline sont soumis à la gestion collective, à l'exception du droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur (art. 9 LDA) et du droit d'adaptation (art. 11 LDA). Autrement dit, il est interdit de modifier une œuvre ou de créer une œuvre dérivée sans l'accord des titulaires des droits. La loi autorise les sociétés de gestion à gérer collectivement les droits sur les œuvres orphelines jusqu'à l'échéance du droit d'auteur ou jusqu'à ce que les ayants droit réels soient connus et qu'ils puissent à nouveau être contactés. La réapparition du titulaire des droits met un terme à l'habilitation légale des sociétés de gestion et l'œuvre orpheline perd son statut particulier.

Pour pouvoir obtenir une licence, il faudra au préalable avoir effectué une recherche au prix d'un « *effort raisonnable* ». Selon le Message, « *l'utilisateur s'est acquitté d'une recherche au prix d'un effort raisonnable lorsqu'il a consulté les bases de données déterminantes pour la catégorie d'œuvres à laquelle appartient l'œuvre dont il envisage l'utilisation* »³⁵. Le fardeau de la preuve incombera à l'utilisateur, lequel devra donc prouver que la recherche a été faite au prix d'un effort raisonnable et qu'elle n'a pas abouti. Les sociétés de gestion pourront définir dans leurs tarifs quels sont les moyens qui doivent être mis en œuvre pour justifier le caractère raisonnable d'une recherche.

L'al. 22b, al 5, LDA prévoit l'application des dispositions régissant les licences collectives étendues (art. 43a LDA) lorsqu'un grand nombre d'œuvres est utilisé. Lorsqu'une bibliothèque souhaite par exemple numériser sa vaste collection d'affiches, elle pourra demander à la société de gestion compétente l'octroi d'une licence collective étendue sur la base de l'art. 43a LDA. Elle n'aura ainsi plus besoin de faire des recherches pour chaque œuvre, car la licence collective étendue englobe

³⁵ Message, page 591.

aussi bien les œuvres d'auteurs connus que les œuvres orphelines. Cet alinéa constitue en quelque sorte une exception aux restrictions au droit d'auteur inscrites aux al. 1 à 4.

L'usage des œuvres orphelines non encore tombées dans le domaine public sera soumis à une gestion collective. Le rôle des sociétés de gestion sera donc similaire à celui qu'elles exercent actuellement. Elles devront en particulier prévoir dans leurs tarifs les conditions auxquelles une licence sera octroyée et le montant de la rémunération ne pourra pas « dépasser celui pour l'utilisation de l'œuvre fixé dans le règlement de répartition de la société de gestion qui exerce les droits »³⁶. Par l'introduction de cette disposition, le législateur entend ainsi corriger les inconvénients résultant de la durée de protection relativement longue des droits d'auteur.

VII. Conclusions

La nouvelle loi n'est pas révolutionnaire mais bien plutôt le résultat d'un consensus. Plusieurs dispositions nouvelles sont déjà connues à l'étranger, notamment la licence collective étendue et la protection des photographies sans caractère individuel. Il sera dès lors intéressant de voir quelle sera la position des tribunaux suisses par rapport à la jurisprudence existante et si celle-ci sera reprise.

Malgré la révision, il existe toujours des différences entre le droit suisse et le droit européen, notamment s'agissant de l'utilisation de masse de contenu sur Internet. Ceci s'explique par le fait que la Suisse a sauvé les dispositions sur la copie privée, ce qui limite les sanctions à l'encontre des fournisseurs.

Enfin, la nouvelle directive de l'UE pourrait servir de modèle pour d'autres modifications du droit suisse à l'avenir.

36 Article 22b, al. 5 LDA.