



Berne, [Datum]

Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur

Rapport du Conseil fédéral
en réponse au postulat 19.3421, Commission de
la science, de l'éducation et de la culture du
Conseil des États, 29 avril 2019

Table des matières

1	Contexte	3
2	Résultats de l'enquête.....	3
2.1	Efficacité de la révision de la LDA	3
2.2	Protection des contenus journalistiques	5
Partie 1 – Efficacité de la révision de la LDA		5
3	Objectifs de l'évolution actuelle du droit d'auteur.....	5
3.1	Objectifs de la révision partielle de la LDA entrée en vigueur le 1 ^{er} avril 2020	5
3.2	Évolution de la réglementation au niveau européen	6
4	Les résultats dans le détail.....	6
4.1	Application des droits dans l'environnement numérique	7
4.1.1	Nouveautés dans le droit suisse	7
4.1.2	Nouveautés dans le droit européen	8
4.1.3	Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse	8
4.2	Amélioration de l'accès aux œuvres	10
4.2.1	Nouveautés dans le droit suisse	10
4.2.2	Nouveautés dans le droit européen	11
4.2.3	Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse	13
4.3	Correction du déséquilibre entre l'utilisation en ligne des œuvres et les faibles revenus que les artistes en retirent	16
4.3.1	Nouveautés dans le droit suisse	16
4.3.2	Nouveautés dans le droit européen	16
4.3.3	Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse	17
4.4	Bilan provisoire	18
Partie 2 – Protection des contenus journalistiques		19
5	Discussion dans le cadre de la procédure parlementaire relative à la révision partielle	19
6	Situation au plan international	19
6.1	Situation dans l'UE	19
6.2	Analyse des pays.....	21
6.2.1	Allemagne	21
6.2.2	France	22
6.2.3	Italie.....	22
6.2.4	Autriche	23
6.2.5	Pays-Bas.....	23
6.2.6	Luxembourg	24
6.2.7	Royaume-Uni	24
6.2.8	Australie	24
6.3	Appréciation	25
6.3.1	Droit voisin selon la directive de l'UE.....	25
6.3.2	Autres approches possibles.....	26
6.3.3	Bilan	27

1 Contexte

Le Conseil fédéral a été chargé par le postulat 19.3421 « Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur », déposé par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États (CSEC-E), d'établir un rapport sur l'évolution dans les domaines touchés par le droit d'auteur à la suite de la mise en œuvre de la révision de la loi sur le droit d'auteur (LDA; RS 231.1). Le rapport doit permettre de se rendre compte de l'efficacité de la révision en prenant en considération également l'évolution du droit applicable au niveau européen. Il doit porter notamment sur la situation des éditeurs et des journalistes.

2 Résultats de l'enquête

Le présent rapport se subdivise en deux parties. La première aborde la question de l'efficacité de la révision de la LDA, et présente, dans ce contexte, les nouveautés en droit suisse, mais aussi les développements au niveau européen. La seconde étudie comment garantir un journalisme de qualité et une presse libre et pluraliste dans la perspective d'une éventuelle introduction, en Suisse, d'un droit voisin.

2.1 Efficacité de la révision de la LDA

Le premier objectif de la révision était d'accroître l'efficacité de l'application des droits dans l'environnement numérique. Deux mécanismes réglementaires ont été introduits à cette fin : une obligation de *stay down* faite aux hébergeurs dont les services favorisent une violation des droits d'auteur et la création d'une base légale régissant le traitement des données personnelles en vue du dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation pénale. Il ressort de l'enquête conduite auprès des milieux concernés que les nouvelles dispositions n'ont pas entraîné une augmentation des actions en justice. Les retours des procureurs cantonaux confirment ce tableau. Or, dans le même temps, les critiques ont diminué. Cette évolution suggère donc que rien que la possibilité d'une application efficace des droits a déjà eu un certain effet dissuasif. En permettant d'endiguer les violations du droit d'auteur, la mesure mise en place dans le cadre de la révision de la LDA atteint donc le but visé.

En comparaison avec l'UE, les dispositions suisses sont un peu moins étendues. D'une part, l'obligation de *stay down* ne s'applique qu'aux modèles commerciaux qui favorisent le piratage des droits d'auteur. D'autre part, le secret des télécommunications reste protégé dans le cadre du traitement des données personnelles. La réglementation suisse n'a toutefois pas eu de retombées négatives sur les titulaires de droits. De plus, elle évite les effets délétères d'une obligation générale de *stay down* sur la liberté d'expression.

S'agissant du traitement des données à caractère personnel, leur utilisation pourrait être admissible au sein de l'UE dans le cadre de procédures civiles également, compte tenu de la Directive sur l'application des droits¹, mais elle n'est pas obligatoire. La limitation, dans le droit suisse, du traitement des données personnelles en vue de procédures pénales exclusivement ne se traduit donc pas par un niveau de protection inférieur à celui prévu par l'UE pour ses États membres.

Le deuxième objectif de la révision visait à améliorer l'accès aux œuvres. Plusieurs nouvelles restrictions au droit d'auteur ont été introduites à cet effet : en faveur des œuvres orphelines, de la science et des inventaires. L'octroi de licences collectives étendues a également été inscrit dans la loi.

La nouvelle restriction en faveur des œuvres orphelines rend possibles des utilisations lorsque le titulaire de droits demeure inconnu ou introuvable et que, par conséquent, aucune licence d'utilisation de

¹ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO L 157 du 30.4.2004, p. 45, dans la version actuelle.

l'œuvre en question ne peut être obtenue. Elle est grandement appréciée puisqu'au moment de la rédaction du présent rapport, 32 licences ont déjà été octroyées. L'objectif de permettre l'accès à des œuvres orphelines présentant un intérêt historique et culturel est atteint pour les utilisateurs en Suisse.

La restriction en faveur des inventaires remplit également son objectif puisque les œuvres figurant dans les catalogues et inventaires déjà existants sont mieux mises en valeur et diffusées.

La restriction en faveur de la science a pour but d'empêcher que la recherche scientifique ne soit inutilement entravée par le droit d'auteur. Elle est appliquée et favorise, dans la pratique, particulièrement la mise en valeur des contenus textuels volumineux et disponibles en ligne. Cela dit, les chercheurs renoncent actuellement encore à y avoir recours lorsque les contenus proviennent de grands éditeurs scientifiques étrangers. Ceux-ci prévoient en effet, dans leurs contrats d'utilisation, des critères techniques sur la manière de consulter les contenus. Du point de vue des chercheurs, il existe dans ces cas des risques de litige avec pour conséquence l'impossibilité de publier d'éventuels résultats de la recherche. Dans son ensemble, la restriction en faveur de la science est cependant jugée opportune et considérée meilleure à celle prévue dans la réglementation européenne.

Le nombre de licences collectives étendues demandées et délivrées reste, quant à lui, faible jusqu'à présent. On n'a cependant pas encore le recul nécessaire pour tirer des conclusions sur les raisons pour lesquelles ce nouvel instrument n'a pas encore pu déployer son potentiel. Dans ce domaine, il convient donc de suivre activement l'évolution de la situation.

Les dispositions visant à améliorer l'accès aux œuvres produisent donc leurs premiers résultats. On observe néanmoins également un désir d'utilisations transfrontalières. Pour y répondre, il serait nécessaire d'adopter des restrictions au niveau mondial. La Suisse suit activement les discussions internationales à ce sujet.

Enfin, le troisième objectif de la révision était de consolider la position des créateurs et des artistes et de corriger le déséquilibre entre l'utilisation en ligne des œuvres et les faibles revenus que les artistes en retirent.

Le droit à rémunération pour la vidéo à la demande (VoD) introduit dans ce contexte est considéré comme un premier pas dans la bonne direction, même si les tribunaux doivent clarifier encore plusieurs questions.

La protection élargie des photographies a simplifié l'application des droits dans ce domaine et renforcé la position des photographes, sans que les « vagues de sommations » redoutées n'aient eu lieu jusqu'à présent.

En vue de corriger le déséquilibre susmentionné, la protection des interprètes et des producteurs a en outre été prolongée. Étant donné que la durée de protection n'est pas rétablie pour les prestations et les productions dont la protection a déjà expiré, cette mesure correctrice ne déploiera pleinement ses effets que dans vingt ans.

L'UE a créé des obligations de transparence pour consolider la position des créateurs et des artistes. Avec l'introduction d'un droit à rémunération pour la VoD, la Suisse a emprunté une voie différente. Au lieu d'un système fastidieux de communication de données pour assurer la transparence et d'éventuelles corrections ultérieures, les recettes que les artistes tirent des licences sont directement perçues dans le cadre de la gestion collective. Les deux solutions ne déployant que leurs premiers effets, il n'est pas encore possible, à l'heure actuelle, de faire un bilan. Pour l'approche suisse, on peut déjà s'attendre à ce que la nouvelle réglementation ait un impact positif; s'agissant du système adopté par l'UE, il n'est pas possible de faire des pronostics.

L'enquête montre que la révision de la LDA a permis d'atteindre les objectifs fixés en matière d'efficacité, d'accès et de consolidation de la position des créateurs et des artistes. Dans le domaine de l'amélioration de l'accès aux œuvres, des progrès restent cependant à faire. Il s'agit, d'une part, d'examiner s'il est possible de légiférer au niveau international en vue d'optimiser également l'accès trans-

frontière aux œuvres. Il convient, d'autre part, de suivre activement les expériences issues de la pratique avec les licences collectives étendues afin d'évaluer plus clairement les possibilités et les limites de ce nouvel instrument.

2.2 Protection des contenus journalistiques

Dans le cadre de la révision partielle de la LDA, le législateur a renoncé, dans un premier temps, à instaurer un droit voisin sur le modèle européen. Concernant la position des éditeurs et des journalistes, le présent rapport analyse la situation au sein de l'UE, dans divers États membres de l'UE, au Royaume-Uni et en Australie. Alors que l'approche isolée, à l'époque, de l'Espagne et de l'Allemagne n'avait pas abouti à une rémunération des médias journalistiques (fermeture de Google News en Espagne et délivrance de licences gratuites par les éditeurs en Allemagne), la démarche coordonnée au niveau de l'UE semble aujourd'hui porter des fruits. Concrètement, l'UE a édicté, en 2019, une directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (directive copyright)² qui prévoit un droit voisin. Le délai de transposition courait jusqu'au 7 juin 2021. Dans le souci notamment du maintien d'une presse libre et pluraliste, la directive vise à ce que les producteurs de publications journalistiques³ puissent faire valoir leurs intérêts lorsque des services de la société de l'information utilisent des contenus en ligne. S'il est trop tôt pour tirer des conclusions définitives sur les flux monétaires et l'amélioration de la situation des médias journalistiques qui en résultent, divers contrats ont toutefois été conclus entretemps, notamment en France et en Allemagne, entre des plateformes Internet et des éditeurs de médias. Il n'est pas exclu que cette évolution positive ne résulte pas uniquement de l'octroi d'un droit voisin mais, le cas échéant, aussi de la menace de sanctions relevant du droit de la concurrence.

La France, par exemple, a dû recourir au droit de la concurrence pour permettre à cette réglementation de s'imposer. Il reste encore à se demander si le droit de la concurrence apporterait une aide suffisante à cet égard en Suisse. Avant d'introduire une réglementation pour protéger les contenus journalistiques, le Département fédéral de justice et police devra donc examiner s'il serait vraiment efficace que la Suisse reprenne telle quelle la solution européenne. D'autres solutions dans le domaine du droit d'auteur ou de la concurrence déloyale sont aussi envisageables et devront être analysées de manière plus approfondie.

Partie 1 – Efficacité de la révision de la LDA

3 Objectifs de l'évolution actuelle du droit d'auteur

3.1 Objectifs de la révision partielle de la LDA entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020

La révision partielle de la LDA, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020, prend en compte les progrès techniques et les développements advenus dans la société ces dernières années. Les amendements poursuivent pour l'essentiel trois objectifs : premièrement, accroître l'efficacité et l'efficience de la lutte contre le piratage; deuxièmement, exploiter pleinement le potentiel que recèle le numérique et troisiè-

² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130 du 17.5.2019, p. 92, dans la version actuelle.

³ La directive copyright emploie le terme « publication de presse ». Celui-ci comprend cependant les publications journalistiques indépendamment du média, p. ex. aussi les sites Web d'actualités. C'est pourquoi, le présent rapport préfère utiliser le terme plus général de « publications journalistiques ».

mement, corriger ce que les artistes appellent le *value gap* ou l'écart de valeur, à savoir le déséquilibre entre l'utilisation croissante des œuvres et des prestations en ligne et les rémunérations que les artistes retirent de ces utilisations.⁴

3.2 Évolution de la réglementation au niveau européen

La directive copyright est le fruit des développements récents intervenus au sein de l'UE. Ses dispositions visent, elles aussi, pour l'essentiel, à permettre une meilleure exploitation du potentiel du numérique et à corriger le déséquilibre entre l'utilisation croissante des œuvres en ligne et les faibles revenus que les artistes en retirent.

L'UE a cependant agi plus tôt dans le domaine de l'amélioration de l'application des droits. Elle avait déjà créé en 2001, à l'art. 8, al. 3, de la directive sur la société de l'information⁵, une base permettant, dans certaines circonstances, de sanctionner les fournisseurs de services Internet, de sorte que seule une adaptation ponctuelle⁶ était ici nécessaire.

Faire évoluer le droit d'auteur semble constituer un défi également au sein de l'UE. Ses États membres étaient tenus de mettre en œuvre la directive copyright entre le 17 avril 2019 et le 7 juin 2021. Toutefois, pour l'une des dispositions essentielles, à savoir la réglementation de la responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne pour l'utilisation de contenus protégés, la Commission n'a publié les lignes directrices correspondantes que le 4 juin 2021, soit peu avant le délai de transposition. La réglementation en question fait en outre l'objet d'une procédure, en cours, devant la CJUE, dans laquelle la Pologne cherche à la faire déclarer nulle et non avenue.⁷ À l'expiration du délai du 7 juin 2021, 23 des 27 États membres de l'UE⁸ n'avaient pas encore informé la Commission de la transposition de la directive, y compris la protection des droits voisins. Seuls quatre États membres de l'UE avaient mis en œuvre la directive et donc aussi la protection des droits voisins dans leur droit national. C'est pourquoi la Commission a ouvert une procédure contre les États défectueux le 26 juillet 2021.⁹

4 Les résultats dans le détail

Bien qu'un peu plus d'un an seulement se soit écoulé entre l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LDA et la rédaction du présent rapport, un premier bilan peut être tiré. Les parties prenantes¹⁰ et tous les procureurs cantonaux ont été interrogés à cette fin. Le taux de réponse élevé, de plus de deux tiers, est remarquable.

On manque cependant du recul nécessaire pour dire avec certitude quel est l'impact financier des dispositions visant à corriger le déséquilibre entre l'utilisation en ligne des œuvres et les faibles revenus

⁴ Message du 22 novembre 2017 relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur, à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à leur mise en œuvre; FF 2018 559, 561–562.

⁵ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167 du 22.6.2001, p. 10.

⁶ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130 du 17.5.2019, consid. 66, pp. 106–107.

⁷ Affaire C-401/19, recours introduit par la République de Pologne contre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, JO C 270 du 12.8.2019, p. 21.

⁸ Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède (état au 28.7.2021).

⁹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market> (état au 28.7.2021).

¹⁰ Les organisations suivantes ont été consultées du côté des titulaires de droits : ProLitteris, l'Association des photographes professionnels et réalisateurs de films suisses (SBF), Photojournalistes suisses, Coopérative suisse des artistes interprètes (SIG), Association suisse de lutte contre le piratage (SAFE), Société Suisse des Auteurs (SSA), SONART - Musikschaffende Schweiz, SUISA, Suisseculture, Suissimage, Swissperform, associations des médias suisses.

Les organisations suivantes ont été sondées du côté des utilisateurs : Fédération des utilisateurs de droits d'auteurs et voisins (DUN), économiessuisse, Fonds national suisse (FNS), Union suisse des arts et métiers (USAM), Schweizerischer Verband der Streaming Anbieter (Swisstream), Association des musées suisses (AMS).

Pour les consommateurs ont été interrogés l'Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI), la Fédération romande des consommateurs (FRC), le Konsumentenforum (kf) et la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS).

En ce qui concerne la protection des photographies dépourvues de caractère individuel, les études d'avocats suivantes ont également été consultées : Meili Pfortmüller Steiger Legal, FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG, Meyerlustenberger Lachenal (MLL), Rutschmann Schwaibold Partner.

que les artistes en retirent. Le nouveau tarif commun relatif à la VoD (TC 14) n'est pas encore entré en vigueur¹¹ et l'allongement de vingt ans de la durée de protection ne permet pas de faire renaître la protection des interprétations et des productions qui sont déjà tombées dans le domaine public. La réglementation déploiera dès lors progressivement ses effets et ne développera tout son potentiel que dans vingt ans.¹²

4.1 Application des droits dans l'environnement numérique

4.1.1 Nouveautés dans le droit suisse

4.1.1.1 *Stay down*

La LDA révisée prévoit des mesures ciblées de lutte contre le piratage sur Internet. Sur la Toile, on ne cesse d'utiliser des images, des morceaux de musique, etc. sans autorisation (licence). En règle générale, il ne s'agit pas de violations intentionnelles du droit d'auteur. L'accent continue donc d'être mis sur l'autorégulation de la branche. Mais dans le cas des plateformes de piratage, elle ne suffit pas. Afin que, dans ces cas aussi, les contenus violant le droit d'auteur qui ont été retirés des serveurs ne soient pas réintroduits, la LDA introduit une obligation de *stay down* à son art. 39d. Les hébergeurs Internet dont les services favorisent une violation des droits d'auteur doivent veiller à ce que les contenus portant atteinte au droit d'auteur qui ont été supprimés de leurs serveurs le restent. Cette obligation permet de rompre le cycle frustrant, pour les titulaires de droits, de la suppression des contenus et de leur remise à disposition.

4.1.1.2 Traitement des données personnelles en vue du dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation pénale

Parmi les mesures de lutte contre le piratage figure également la création d'une base légale régissant le traitement des données personnelles (art. 77i). En Suisse comme dans l'UE, les adresses de protocole Internet (adresses IP) sont considérées comme des données personnelles; leur traitement ne peut donc se faire que dans le respect des dispositions en matière de protection des données. Dans ce contexte, la nouvelle norme permet aux titulaires de droits de collecter les adresses IP et de les remettre aux autorités de poursuites pénales.

Premièrement, il est autorisé de traiter les données personnelles que pour autant que cela soit nécessaire pour déposer une plainte ou une dénonciation pénale. Deuxièmement, les titulaires de droits ne peuvent traiter que les données personnelles auxquelles ils ont accès de manière licite. Troisièmement, le traitement des données doit être transparent (p. ex. au moyen d'une mention correspondante sur le site Internet du titulaire de droits). Quatrièmement, les données personnelles traitées ne doivent pas être associées à des données collectées à d'autres fins que la poursuite pénale.

Dans l'art. 77i, le législateur a clarifié les conditions d'utilisation des adresses IP aux fins de l'application des droits d'auteur et éliminé les incertitudes juridiques qui existaient auparavant.

4.1.1.3 Protection élargie des photographies

La protection des photographies a été étendue aux images dépourvues de caractère individuel, ce qui signifie que le droit d'auteur couvre en principe toutes les photographies en Suisse. Seule la durée de la protection change entre les photographies pourvues de caractère individuel et celles qui en sont dépourvues : elle est plus courte pour ces dernières (à l'instar d'autres réglementations étrangères com-

¹¹ 4.3.3.1

¹² 4.3.3.2

parables). En outre, dans le cas des photographies dépourvues de caractère individuel, les droits moraux ne peuvent être exercés que s'ils ne sont pas liés au caractère individuel de l'image (p. ex. le droit de faire reconnaître sa qualité d'artiste). Grâce à l'extension de la protection, les utilisateurs ne doivent plus se demander si une photographie est pourvue de caractère individuel ou pas et donc protégée ou non. Cette nouveauté permet en outre de nous aligner à nos pays voisins, l'Allemagne et l'Autriche, qui connaissent déjà depuis longtemps une telle protection. La réglementation offre ainsi une uniformité de droit et donc une sécurité juridique. Enfin, elle vise à renforcer les droits des photographes en leur permettant de se défendre plus facilement en cas de violation de leurs droits.

4.1.2 Nouveautés dans le droit européen

4.1.2.1 *Stay down*

À son art. 17, al. 4, let. c, la directive copyright de l'UE prévoit une obligation générale de *stay down* pour les hébergeurs. Seules les PME qui existent depuis moins de trois ans, dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 10 millions d'euros et qui comptabilisent moins de 5 millions de visiteurs par mois en moyenne ne sont pas soumises à cette obligation.

4.1.3 Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse

4.1.3.1 *Stay down*

En l'état actuel des choses, l'obligation de *stay down* prévue à l'art. 39d ne semble pas encore avoir été appliquée par les tribunaux. Les titulaires de droits expliquent leur réticence par la crainte qu'une première application des droits par la voie civile conduite à un procès-pilote coûteux et nécessitant des ressources considérables. On peut toutefois noter que, dans le rapport (2021) du représentant américain au commerce sur la protection mondiale de la propriété intellectuelle¹³, la Suisse n'est plus qualifiée de paradis pour les plateformes de piratage. Ceci, lié au fait que depuis la révision, les titulaires de droits ont formulé moins de critiques sur les moyens d'application, permet de conclure que la disposition a eu un effet dissuasif certain et permis une amélioration de la situation.

De manière générale, l'obligation de *stay down* est controversée, car elle est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur la liberté d'expression. Par exemple, des policiers américains ont utilisé à dessein des filtres de téléchargement automatiques mis en place en relation avec l'obligation de *stay down* pour bloquer la diffusion de vidéos par des militants politiques. En effet, lorsqu'ils se sont rendu compte que leurs agissements étaient filmés, ils ont commencé à diffuser de la musique protégée par le droit d'auteur dans l'espoir d'empêcher le téléversement des vidéos.¹⁴

Les utilisateurs ont souligné que ces effets délétères ne jouent aucun rôle dans les cas où une offre du Web vise exclusivement à proposer des films et de la musique sans licence. L'approche suisse, qui limite l'obligation de *stay down* aux hébergeurs dont les services favorisent une violation des droits d'auteur, semble donc plus ciblée que la solution européenne qui prévoit une obligation générale de *stay down* pour tous les hébergeurs. Axée sur la lutte contre le piratage, elle paraît mieux à même de prendre en compte la liberté d'expression que l'obligation européenne qui va plus loin, tout en atteignant l'objectif fixé, à savoir empêcher l'exploitation de plateformes de piratage sur le territoire de notre pays.

En lien avec l'application des droits, la Coopérative suisse des artistes interprètes (SIG) constate, dans le cadre de l'évaluation de la diffusion de son catalogue, des éléments indiquant que les labels de musique discriminaient les musiciens plutôt inconnus. Les risques d'un litige coûteux paraissant négligeables dans ces cas, les labels de musique ne tirent, selon elle, pas complètement au clair les

¹³ [ustr.gov > News > Reports and Publications > 2021 > Special 301 Report on Intellectual Property Protection \(état au 29.7.2021\).](https://ustr.gov/News/Reports%20and%20Publications/2021/Special%20301%20Report%20on%20Intellectual%20Property%20Protection)

¹⁴ <https://losangeles.cbslocal.com/2021/02/12/instagram-licensed-music-filming-police-copyright/> (état au 29.7.2021).

droits nécessaires à l'exploitation. Par conséquent, les enregistrements musicaux resteraient disponibles malgré une notification correspondante des musiciens à la plateforme de streaming, tant que l'autorisation est contestée. L'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) suivra la situation des musiciens moins connus pour lesquels les droits d'exploitation restent ambigus et restera en dialogue avec la SIG à ce sujet.

4.1.3.2 Traitement des données personnelles en vue du dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation pénale

La majorité des procureurs cantonaux ne savent pas si des adresses IP ont été traitées ou non en vue du dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation pénale pour violation du droit d'auteur. Deux procureurs cantonaux ont toutefois signalé un ou deux cas. Dans l'ensemble, cependant, il n'y a eu que peu de procédures dans le domaine du droit d'auteur.

Sur la base des retours des milieux concernés, on peut affirmer que dans certains cas, les personnes font aussi valoir des prétentions civiles dans la procédure pénale, mais pas systématiquement. Les adresses IP sont apparemment traitées en vue d'une éventuelle sanction de violations commises sur Internet. Par exemple, la collecte d'adresses IP est fondamentale pour clarifier d'éventuelles infractions dans l'espace virtuel.

Jusqu'à présent, les procédures dans lesquelles la nouvelle norme sur le traitement des données a joué un rôle important sont (encore) peu nombreuses. Il est cependant évident que la possibilité de traiter des adresses IP est considérée comme essentielle dans la perspective d'une poursuite des infractions.

4.1.3.3 Protection élargie des photographies

Les photographes se sentent renforcés dans leur position grâce à l'extension de la protection des photographies. Il est crucial, à leurs yeux, de pouvoir se défendre contre toute atteinte à leurs droits. Les études d'avocats affirment, elles aussi, que la nouvelle réglementation a rendu l'application des droits plus aisée, ce qui s'avère important dans le domaine de la photographie de presse par exemple. En effet, avant la révision, les images n'étaient pas protégées, car leur niveau de créativité était souvent jugé insuffisant. Ces retours laissent supposer que l'objectif est atteint.

Sur la base des expériences observées en Allemagne en matière de protection des photographies dépourvues de caractère individuel, certains craignaient, lors de la révision, que la protection élargie des photographies entraîne, aussi en Suisse, des « vagues de sommations » similaires. En Allemagne, les études d'avocats envoient systématiquement un courrier aux personnes utilisant des photographies sans autorisation pour les inviter à payer une indemnisation. Dans certains cas, les citoyens suisses sont également concernés par ces sommations fondées sur le droit allemand. S'agissant de la protection étendue des photographies, les associations n'enregistrent cependant que des réactions isolées sur d'éventuelles violations de la protection d'images perpétrées par des PME (comme c'était déjà le cas avant la révision). Alors que les demandes de renseignements à ce sujet ont augmenté auprès des associations de protection des consommateurs en Suisse romande, le sujet est resté marginal en Suisse alémanique. Diverses études d'avocats ont indiqué toutefois que les demandes d'indemnisation éventuelles à l'encontre de leurs clients seraient souvent fondées sur le droit allemand. En outre, seuls quelques cas individuels seraient liés à la protection étendue des photographies; de nombreux cas concerneraient des actes qui ont été commis avant son entrée en vigueur.

Les feed-back suggèrent que l'extension de la protection des photographies n'a pas entraîné, pour l'heure, une augmentation sensible des demandes d'indemnisation. Pour autant que l'on puisse en juger, la « vague de sommations » que certains redoutaient n'a pas eu lieu. Toutefois, divers milieux concernés ont indiqué qu'en raison du peu de temps écoulé depuis l'entrée en vigueur de la LDA révisée, il n'était pas encore possible d'avoir une vue d'ensemble précise de la situation. De l'avis des as-

sociations de protection des consommateurs, les utilisateurs préfèrent parfois simplement payer, probablement aussi parce qu'ils sont menacés d'actions en justice en cas de non-paiement. En outre, elles estiment que certaines prétentions sont (trop) élevées. Des abus fondés sur la protection étendue des photographies n'ont cependant pas été observés.

Si, à l'avenir, il devait également se produire en Suisse une vague de sommations n'ayant pas pour objet de faire respecter des droits d'auteur légitimes, mais visant uniquement à générer des frais d'avocats, on aurait probablement à faire à une atteinte au principe de la bonne foi en relations d'affaires et, dans cette mesure, à une éventuelle violation de l'art. 2 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹⁵. En outre, lorsque l'on fait croire que des droits d'auteur ont été violés alors que ce n'est pas le cas, on pourrait également être en présence d'une tromperie au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LCD. En pareil cas, les personnes concernées peuvent se défendre seules sur la base des voies de droit prévues par la LCD. Toute personne qui subit une atteinte dans ses intérêts économiques peut déposer une plainte civile contre des pratiques commerciales déloyales ou, s'il y a également tromperie, une plainte pénale (art. 9 et 23 LCD). De plus, il est possible de signaler les violations de la LCD au Secrétariat d'État à l'économie. Celui-ci recueille les plaintes contre les violations de la LCD et peut, en se fondant sur son droit d'intenter une action, intervenir lorsqu'il reçoit un grand nombre de plaintes concernant la même pratique commerciale déloyale ou si des intérêts collectifs subissent une atteinte (art. 10, al. 3, let. b, LCD en relation avec l'ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale¹⁶).

Les utilisateurs ne sont pas tous au fait de l'extension de la protection des photographies. Les retours semblent indiquer qu'en particulier dans le secteur des médias, la protection des photographies est déjà bien connue. Aucun changement majeur de comportement n'a donc été nécessaire, probablement du fait que ce milieu gérait déjà les images avec prudence et allait parfois même jusqu'à demander une licence par mesure de sécurité. Par contre, les utilisateurs privés semblent, quant à eux, n'avoir que partiellement adapté leur comportement dans l'utilisation d'images sur les médias sociaux. D'après les retours reçus, de nombreuses personnes n'ont toujours pas conscience que les photographies pourraient être protégées. Il est cependant positif de constater que depuis la révision de la LDA, un important travail d'information a été accompli de part et d'autre ou qu'il est en cours. À la faveur de l'extension de la protection des photographies, divers utilisateurs auraient vérifié leurs droits sur les images (p. ex. sur leurs sites Internet). Le travail d'information a en outre favorisé une prise de conscience. On peut supposer que les efforts fournis dans ce domaine porteront leurs fruits et que la protection élargie sera de plus en plus connue. Les feedback suggèrent donc que cette dernière accroît non seulement la sécurité juridique, mais qu'elle a effectivement permis de sensibiliser les utilisateurs.

4.2 Amélioration de l'accès aux œuvres

4.2.1 Nouveautés dans le droit suisse

4.2.1.1 Œuvres orphelines

L'art. 22b régit l'utilisation des œuvres dont les auteurs sont inconnus ou introuvables à l'issue d'une recherche réalisée au prix d'un effort raisonnable. Il est autorisé d'utiliser ces œuvres, dites orphelines, si elles se trouvent dans les fonds d'institutions depositaires de la mémoire (bibliothèques, établissements d'enseignement, musées, collections ou archives qui sont en mains publiques ou accessibles au public). Leur utilisation est soumise au paiement d'une rémunération perçue par la société de gestion compétente. Si les titulaires de droits présumés inconnus ou introuvables devaient

¹⁵ RS 241

¹⁶ RS 241.3

réapparaître, cette dernière leur verse la rémunération perçue pour les utilisations effectuées de leurs œuvres. Cette réglementation rend possible l'accès à des œuvres présentant un intérêt culturel et historique qui tomberaient autrement dans l'oubli faute de possibilités d'utilisation.

4.2.1.2 Utilisation d'œuvres à des fins de recherche scientifique

La restriction en faveur de la science (art. 24d) autorise, sous certaines conditions, la confection de reproductions à des fins de recherche scientifique afin de permettre, entre autres, le dépouillement numérique et automatique d'informations, comme la fouille de textes et de données. L'al. 1 précise que la reproduction doit avoir lieu dans le cadre d'un procédé technique de recherche. Il ne faut pas que les reproductions servent à éviter les coûts d'achat d'autres exemplaires de l'œuvre. L'œuvre peut être reproduite dans son intégralité et elle doit être accessible de manière licite. Il n'est pas important de savoir si la recherche est de nature commerciale ou non. Les reproductions confectionnées peuvent être conservées à des fins d'archivage et de sauvegarde (al. 2). Toute utilisation qui irait au-delà du dépouillement des informations n'est pas prévue. En vertu de l'al. 3, cette restriction ne s'applique pas à la reproduction de logiciels. Aucune rémunération n'est due, car, en définitive, ce n'est pas l'œuvre en tant que telle qui est utilisée, mais les données qu'elle contient (qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur).

4.2.1.3 Inventaires

L'art. 24e permet aux institutions de la mémoire (p. ex. les bibliothèques, les musées ou les archives) qui sont en mains publiques ou accessibles au public de reproduire de courts extraits d'œuvres et d'exemplaires dans leurs inventaires. Le terme « inventaires » doit être compris au sens neutre du point de vue technologique. Il comprend toute forme d'inventaire, qu'il soit numérique ou analogique, en ligne ou hors-ligne. Les inventaires numériques permettent de mettre en valeur et de faire connaître les collections plus facilement. Il est ainsi plus aisé d'attirer l'attention des utilisateurs potentiels. L'al. 2 précise le type de reproductions autorisées et leur étendue. Ainsi, les extraits d'œuvres doivent être courts. Une couverture, sous la forme d'une image de petit format à faible résolution, ou une table des matières et une bibliographie sont considérées comme de courts extraits. La limitation à de courts extraits a pour but d'exclure une véritable jouissance de l'œuvre et de ne pas compromettre l'exploitation normale des œuvres. Aucune rémunération n'est due.

4.2.1.4 Licences collectives étendues

Les licences collectives étendues (art. 43a) règlent la possibilité d'utiliser un grand nombre d'œuvres protégées au titre du droit d'auteur (p. ex. lors de la création d'un recueil à partir d'une collection de photos non documentée) moyennant des efforts raisonnables. Contre le paiement d'une redevance à négocier librement avec les sociétés de gestion, les utilisateurs peuvent s'assurer contre le risque de commettre une infraction au droit d'auteur. Les sociétés de gestion répartissent ensuite les recettes des licences collectives entre les auteurs. Les licences collectives étendues sont facultatives, c'est pourquoi on peut supposer qu'elles n'entraîneront pas de coûts indésirables.

4.2.2 Nouveautés dans le droit européen

4.2.2.1 Utilisation d'œuvres indisponibles dans le commerce

L'utilisation d'œuvres indisponibles dans le commerce est réglementée aux art. 8 à 11 de la directive copyright, qui favorise les institutions du patrimoine culturel. Les titulaires des droits peuvent cepen-

dant exclure leurs œuvres du champ d'application de la norme. C'est pourquoi un portail en ligne accessible au public¹⁷ doit permettre de consulter, entre autres, les œuvres indisponibles dans le commerce pour lesquelles des licences ont été obtenues.

En droit suisse, le nouvel instrument des licences collectives étendues créé dans le cadre de la révision partielle permet des utilisations correspondantes. Aucun besoin d'action de la part du législateur suisse ne semble dès lors nécessaire.

4.2.2.2 Utilisation d'œuvres à des fins de recherche scientifique

Dans l'UE, il existe deux exceptions en faveur de la fouille de textes et de données. L'art. 3 de la directive copyright l'autorise à des fins de recherche scientifique. Cette exception est réservée à des organismes de recherche spécifiques et à des institutions du patrimoine culturel accessibles au public. Elle ne s'applique pas aux organisations qui sont soumises à l'influence déterminante d'entreprises commerciales. Les reproductions peuvent être conservées. Il n'est pas possible de contourner cette norme au moyen d'accords d'utilisation contraires. Le paiement d'une rémunération n'est pas prévu. L'exception prévue à l'art. 4 de la directive n'est, pour sa part, pas limitée aux fins de la recherche scientifique ou à certains acteurs. Les titulaires de droits ont cependant la possibilité d'exclure leurs œuvres du champ d'application de la norme. Le matériel reproduit ne peut être conservé qu'aussi longtemps que nécessaire aux fins de la fouille de textes et de données. Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 3, l'obligation de verser une rémunération n'est pas exclue.

4.2.2.3 Restriction en faveur de la numérisation

En vertu de l'exception prévue à l'art. 6 de la directive copyright, les institutions du patrimoine culturel peuvent réaliser des copies de toute œuvre qui se trouve dans leurs collections à des fins de conservation. Il s'agit de faciliter les projets de numérisation des institutions du patrimoine culturel qui s'engagent à préserver leurs collections pour les générations futures. Sur ce point, la Suisse avait une petite longueur d'avance puisqu'elle dispose d'une restriction en la matière à l'art. 24 de la LDA.

4.2.2.4 Licences collectives étendues

À l'instar de la LDA, la directive copyright prévoit aussi la possibilité d'octroyer des licences collectives étendues. Les États membres sont libres de faire ou non usage de cette possibilité. Dans l'UE également, l'octroi de licences collectives étendues doit permettre des utilisations de masse d'œuvres que des coûts de transaction élevés rendraient sinon quasiment impossibles. Dans le même temps, il importe que les titulaires de droits obtiennent une rémunération pour l'utilisation. En vertu de l'art. 12 de la directive copyright, l'octroi est possible dans les cas où l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle s'avère habituellement onéreuse et difficile à mettre en œuvre. Les licences sont accordées par l'intermédiaire de sociétés de gestion représentatives. Les titulaires de droits peuvent cependant exclure leurs œuvres du champ d'application de ce type de processus d'octroi de licence.

4.2.2.5 Restriction en faveur des activités d'enseignement

Avec l'art. 5 de la directive copyright, l'UE introduit une exception obligatoire en faveur des activités d'enseignement numériques et transfrontières, précisant ainsi la restriction facultative prévue pour l'enseignement en vertu de l'art. 5, al. 3, let. a, de la directive sur la société de l'information. Sous certaines conditions, il est possible d'utiliser numériquement des œuvres et autres objets protégés à des fins d'illustration dans des établissements reconnus. Cette restriction couvre également l'utilisation dans un environnement électronique sécurisé. La Suisse connaît depuis longtemps déjà une exception comparable (bien que plus étendue) en faveur de l'enseignement.

¹⁷ <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/fr/web/observatory/outofcommerceworks> (état au 19.7.2021).

La directive a recours à une fiction juridique au sens où l'utilisation est réputée avoir eu lieu dans l'État membre dans lequel l'établissement d'enseignement a son siège. En Suisse, la création d'une telle fiction destinée à l'utilisation transfrontière n'est pas possible dans la même mesure. L'UE régleme ainsi son marché intérieur, alors qu'une réglementation équivalente nécessiterait, pour notre pays, des négociations bilatérales avec les États étrangers concernés. Les utilisateurs helvétiques ont cependant la possibilité d'invoquer, dans le cas d'activités transfrontalières, l'exception en faveur de l'enseignement du pays en question.

Les États membres sont libres de prévoir une compensation équitable (c'est-à-dire une rémunération) pour les titulaires de droits. En Suisse, les utilisations autorisées en faveur de l'enseignement sont, compte tenu du large champ d'application de la restriction, soumises au versement d'une rémunération.

4.2.2.6 Protection du domaine public

L'art. 14 de la directive copyright fait référence aux œuvres d'art visuel dont la durée de protection est arrivée à expiration. Il garantit qu'aucun droit ne naît sur le matériel issu d'un acte de reproduction d'œuvres d'art visuel appartenant au domaine public, à moins que la reproduction elle-même ne présente le caractère d'œuvre. Selon le consid. 53, la norme se fonde sur l'idée que la circulation de reproductions fidèles d'œuvres dans le domaine public contribue à l'accès à la culture et à sa promotion et à l'accès au patrimoine culturel. Cette disposition peut être pertinente en ce qui concerne les reproductions effectuées dans le cadre de projets de numérisation d'œuvres d'art visuel. En vertu de cette réglementation, de telles reproductions ne sont plus protégées, sauf si elles présentent le caractère d'œuvre. La réglementation suisse en la matière prévoit que les photographies ou les productions obtenues par un procédé analogue qui sont dépourvues de caractère individuel ne sont pas protégées. Elle présente l'avantage qu'il n'est pas nécessaire de distinguer si une œuvre doit être attribuée aux arts visuels ou non, ce qui peut s'avérer difficile par exemple dans le cas des manuscrits anciens. Le droit suisse n'a dès lors aucun besoin d'une norme spéciale au sens de l'art. 14 de la directive copyright.

4.2.3 Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse

4.2.3.1 Remarque préliminaire sur les restrictions dans le contexte transfrontalier

Comme expliqué ci-dessus, la Suisse a adapté ou introduit, dans le cadre de la révision, diverses dispositions concernant les restrictions au droit d'auteur, par exemple la restriction en faveur des œuvres orphelines ou celle en faveur de la science. D'après les retours reçus, ces nouveautés ont été accueillies favorablement dans leur ensemble. On regrette cependant qu'elles ne puissent pas déployer un effet transfrontalier, ce qui serait souhaitable surtout dans le contexte en ligne. Mais en vertu du principe de territorialité, le droit suisse n'a d'effet qu'en Suisse, car la Suisse ne peut édicter des lois que sur son territoire. Il est dès lors nécessaire de conclure un accord international pour les restrictions au droit d'auteur qui ont un effet au-delà des frontières nationales. Les restrictions au droit d'auteur font actuellement l'objet de discussions dans la perspective de la conclusion d'accords correspondants au sein de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. Notre pays est conscient de l'importance de la question et s'engage donc à trouver des solutions raisonnables et pragmatiques.

4.2.3.2 Œuvres orphelines

Selon les informations fournies par ProLitteris, la société de gestion compétente, 32 licences ont déjà été accordées pour l'utilisation d'œuvres orphelines; 85 % des requêtes d'utilisation ont ainsi été approuvées. Il a fallu rejeter cinq requêtes : les conditions d'utilisation prévues à l'art. 22b et dans le tarif applicable (TC 13) n'étaient pas remplies; par exemple, la concession d'une licence a été demandée

pour l'étranger, des modifications ou des adaptations non autorisées étaient prévues ou les exemplaires des œuvres ne provenaient pas des stocks d'une institution de la mémoire suisse. Selon ProLitteris, aucun projet de numérisation d'envergure n'a fait, jusqu'à présent, l'objet d'une demande. Les chiffres montrent que la nouvelle disposition a déjà rendu possible l'accès à des œuvres d'intérêt culturel et historique.

La réglementation de l'UE concernant l'utilisation des œuvres orphelines est plus stricte par rapport à la solution suisse. Seules les institutions du patrimoine culturel peuvent se prévaloir de cette restriction qui, de plus, ne couvre que certaines catégories d'œuvres. La réglementation suisse permet dès lors des possibilités d'utilisations plus nombreuses et répond davantage au souhait d'améliorer l'accès aux œuvres. Depuis l'introduction de la directive sur les œuvres orphelines¹⁸, seul un petit nombre d'œuvres ont été enregistrées dans la base de données des œuvres orphelines, ce qui est peut-être imputable aux exigences plus lourdes concernant la recherche des titulaires de droits par rapport à la réglementation suisse. Cette dernière semble dès lors plus pratique et susceptible de contribuer plus efficacement, dans l'ensemble, à ce que des œuvres présentant un intérêt culturel ou historique ne tombent pas dans l'oubli.

Les utilisateurs ont déploré le fait que la restriction ne s'applique qu'au territoire national. Les titulaires de droits font toutefois preuve d'ouverture face à cette préoccupation et recherchent, avec les utilisateurs, des solutions pour permettre l'utilisation des œuvres orphelines à l'étranger.

4.2.3.3 Utilisation d'œuvres à des fins de recherche scientifique

Selon les réponses des milieux concernés, les chercheurs appliquent déjà des méthodes de fouilles de textes et de données ainsi que d'apprentissage automatique (*machine learning*) et la tendance serait à la hausse. Ils sont de ce fait tributaires de la possibilité de reproduire des contenus et de les sauvegarder localement, actes admis par la restriction en faveur de la science.

Selon le Fonds national suisse (FNS), la restriction convient pour la mise en valeur de contenus textuels volumineux disponibles en ligne, tels que ceux que l'on trouve sur les médias sociaux ou sur les sites Internet de quotidiens nationaux et internationaux, mais ne supprime pas tous les obstacles. D'après les retours des parties intéressées, les éditeurs scientifiques internationaux (p. ex. Elsevier, Springer Nature ou Wiley) bénéficient de conditions d'utilisation différentes et définissent souvent des critères (techniques) sur les modalités de consultation des contenus. De nombreux chercheurs craignent donc le risque de litiges potentiels. Comme l'indiquent les réponses, la restriction en faveur de la science est dès lors appliquée en particulier lorsque la situation juridique reste relativement claire et sans équivoque. On peut en conclure qu'elle permet, dans l'ensemble, de simplifier les travaux de recherche, dans la mesure où il faut consacrer moins de temps aux éclaircissements juridiques.

La restriction semble être connue principalement des chercheurs qui ont déjà travaillé avec des procédés techniques de valorisation de grands volumes de textes et de données, ainsi que des spécialistes des institutions de recherche (p. ex. dans les bibliothèques spécialisées). Ceci laisse supposer que les chercheurs en prennent conscience au plus tard lorsqu'ils sont confrontés aux procédures de recherche susmentionnées et aux questions y relatives relevant du droit d'auteur.

Du point de vue du FNS, la restriction en faveur de la science constitue un pas dans la bonne direction et un signal important que les besoins de la recherche ont été intégrés dans la révision de la LDA. Contrairement à la réglementation européenne, cette restriction ne se limite pas aux méthodes de fouilles de textes et de données. Pour les procédures de recherche en question, il en résulte une plus grande flexibilité. En raison de la limitation à la recherche scientifique, il n'est pas prévu d'*opt-out* pour les titulaires de droits. Les utilisateurs sont en outre traités de manière égale, quelle que soit leur

¹⁸ Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, JO L du 27.10.2012, p. 5.

orientation économique. Cela crée une sécurité juridique dans la mesure où les utilisateurs ne doivent pas clarifier si eux-mêmes, d'une part, et certaines œuvres, d'autre part, tombent ou non sous le coup de la restriction. C'est pourquoi la Fédération des utilisateurs de droits d'auteurs et voisins (DUN) souligne qu'elle considère la solution suisse plus efficace que la restriction prévue par le droit européen.

4.2.3.4 Inventaires

Les milieux concernés ont confirmé que depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle restriction, des couvertures de livres, des photographies et des affiches – toutes de petit format à faible résolution – ont été intégrées dans des catalogues existants. Ce travail sera poursuivi progressivement, ce qui permettra aussi, peu à peu, de mieux mettre en valeur les collections. Ils ont par contre indiqué que la disposition ne conduisait pas forcément à la création de nouveaux inventaires. On manque en outre de recul pour déterminer si l'enrichissement des catalogues, autorisé par la restriction en question, s'accompagne d'un changement du comportement de la part des utilisateurs. Il sera selon eux plus simple de l'évaluer une fois la mise en œuvre terminée. Néanmoins, il peut d'ores et déjà être relevé que la réglementation produit l'effet voulu.

4.2.3.5 Licences collectives étendues

D'après les informations fournies par les sociétés de gestion, seules sept licences collectives étendues ont été demandées au total, dont six chez ProLitteris et une chez Swissperform.

Chez ProLitteris, les demandes provenaient des domaines des sciences, des industries culturelles, de la politique et de l'histoire. Jusqu'à présent, la société a octroyé deux licences collectives étendues, une autre demande est pendante. Les autres ont été refusées, car les actes pour lesquels il fallait accorder une licence impliquaient des atteintes à la personnalité; une licence collective étendue ne permettait pas de réparer des violations de droits commises par le passé; la concession d'une licence pour l'étranger a été jugée juridiquement impossible; un demandeur ne disposait pas d'un budget suffisant.

La demande adressée à Swissperform, qui est encore en cours de clarification, concerne un festival de musique qui souhaite mettre ses archives (environ 140 heures de musique et 2500 titres) à disposition sur un site Internet.

D'après les retours reçus à ce jour, la réglementation ne semble pas encore fonctionner comme souhaité. Jugée trop restrictive du point de vue des utilisateurs, l'approche de Pro Litteris dans l'octroi de licences collectives étendues a fait l'objet de critiques. L'IPI, en tant qu'autorité de surveillance, suivra l'évolution de la situation et prendra, si nécessaire, des mesures pour que le potentiel de ce nouvel instrument puisse être pleinement exploité.

Aujourd'hui déjà, on constate que les incertitudes concernant la possibilité d'accorder des licences transfrontalières réduisent l'attrait de ce type de licences pour les utilisations sur Internet. Il est donc nécessaire de rechercher une solution dans ce sens au niveau international (cf. 2.2.3.1).

4.3 Correction du déséquilibre entre l'utilisation en ligne des œuvres et les faibles revenus que les artistes en retirent

4.3.1 Nouveautés dans le droit suisse

4.3.1.1 Rémunération pour la vidéo à la demande

Aujourd'hui, les consommateurs se procurent films et séries sous une forme numérique via des plateformes en ligne (vidéo à la demande). Bien que l'utilisation de ce service soit en hausse, il reste difficile pour les auteurs d'œuvres audiovisuelles et les artistes interprètes de générer des recettes à partir de ces exploitations. Les auteurs disposent désormais d'un droit à rémunération incessible et auquel il ne peut être renoncé pour l'exploitation de leurs œuvres audiovisuelles via des plateformes en ligne. Soumis à la gestion collective (art. 13a), ce droit est donc basé sur un tarif contrôlé quant à son équité. Cette mesure vise à garantir une juste indemnisation des auteurs pour l'utilisation en ligne de leurs œuvres. La nouvelle rémunération pour la VoD permet de corriger les désavantages résultant pour les auteurs des longues chaînes d'exploitation qui existent dans ce domaine impliquant des contrats auxquels ils n'ont pas accès. Grâce à elle, il est possible de réduire le déséquilibre entre l'utilisation croissante des œuvres en ligne et les faibles revenus que les artistes en retirent. Une disposition correspondante pour les artistes interprètes se trouve à l'art. 35a.

4.3.1.2 Durée de la protection

La révision partielle a allongé la protection des interprètes et des producteurs pour leurs prestations ou productions. En passant de 50 à 70 ans, elle devrait contribuer à éviter les pertes de revenus et à maintenir les investissements dans les nouveaux talents.¹⁹ Pour les artistes, il est essentiel d'avoir des revenus, même à un stade plus avancé de leur vie professionnelle, car il leur est souvent difficile de constituer des provisions pour la vieillesse.²⁰

4.3.2 Nouveautés dans le droit européen

4.3.2.1 Licences pour la VoD

L'art. 13 de la directive copyright vise à faciliter la conclusion d'accords de licence en vue de mettre à disposition des œuvres audiovisuelles sur des services de VoD. Les États membres sont tenus de prévoir un mécanisme de négociation permettant aux parties de recourir à l'assistance d'un organisme impartial ou d'un médiateur. Cette disposition est censée avoir un effet positif sur le déséquilibre existant dans les négociations entre les titulaires de droits, d'une part, et les plateformes de VoD, d'autre part, (analogue à la réglementation prévue à l'art. 13a LDA), ce qui pourrait finalement contribuer à ce que davantage de films européens soient disponibles sur les grandes plateformes de VoD.²¹

4.3.2.2 Licences pour les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne

L'un des objectifs de la directive copyright est d'encourager les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne à conclure des licences avec les titulaires de droits lorsqu'ils fournissent un accès

¹⁹ Message du 22 novembre 2017 relatif à la modification de la loi sur le droit d'auteur, à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à leur mise en œuvre; FF 2018 559, 571.

²⁰ Cf. Ecoplan (éd.) (2021) : Protection sociale des acteurs culturels, Rapport final du 23.6.2021. Berne. Peut être consulté sous le lien suivant : https://visarte.ch/wp-content/uploads/2021/07/Absicherung_Kulturschaffende_Bericht_Schlussbericht_210624_fr_def.pdf (état : 9.7.2021).

²¹ Cf. Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130 du 17.5.2019, consid. 51–52, p. 103.

public à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés téléchargés par leurs utilisateurs. La réglementation cible des entreprises telles que Facebook, YouTube ou Tiktok. N'en font pas partie les institutions à but non lucratif telles que Wikipedia.

À cette fin, la responsabilité des fournisseurs de services a été redéfinie pour le domaine du droit d'auteur. Ces derniers ne peuvent plus bénéficier de la limitation de responsabilité prévue par la directive sur le commerce électronique²²; autrement dit, ils sont en principe tenus pour responsables de l'utilisation de contenus protégés via leurs services, à moins qu'ils ne disposent d'une licence correspondante ou qu'ils puissent prouver qu'ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation. Les entreprises qui existent depuis plus de trois ans, qui ont un chiffre d'affaires annuel supérieur à 10 millions d'euros et qui comptabilisent plus de 5 millions de visiteurs par mois doivent, de plus, disposer d'un système de *stay down*.

La Suisse va plus loin dans le sens où elle ne définit aucune limitation de la responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Ils ne peuvent pas se prévaloir non plus du fait qu'ils ont fourni tous les efforts possibles pour obtenir l'autorisation, et aucune réglementation spéciale n'est prévue pour les petites entreprises. Aujourd'hui déjà, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne devraient donc pouvoir être tenus pour responsable si leurs utilisateurs mettent illicitement des contenus protégés à disposition à partir du moment où ils en ont été informés et qu'ils demeurent inactifs. Cela signifie qu'en Suisse aussi, il existe une incitation comparable à conclure des accords correspondants avec les titulaires de droits. Il ne semble dès lors pas opportun de légiférer.

4.3.2.3 Mesures visant à garantir des revenus de licence appropriés

Les art. 18 à 23 de la directive copyright instaurent des mesures visant à garantir que les artistes puissent tirer des revenus appropriés des licences. Le but de l'obligation de transparence est de permettre aux titulaires de déterminer la valeur économique de leurs droits. Ils peuvent ainsi exiger une rémunération supplémentaire juste et appropriée pour l'exploitation de ces derniers si celle initialement convenue s'avère exagérément faible. Ils ont en outre le droit de révoquer, en tout ou en partie, la licence en cas de non-exploitation de l'œuvre ou d'un autre objet protégé.

La Suisse a opté pour une voie plus directe. Au lieu d'un système fastidieux de communication de données pour assurer la transparence et d'éventuelles corrections ultérieures, les recettes que les artistes tirent des licences sont directement perçues dans le cadre de la gestion collective. Pour les artistes interprètes et les auteurs d'œuvres audiovisuelles, la perception se fait par le biais de la rémunération pour la VoD et pour les auteurs du secteur de la musique sur la base de la gestion collective facultative. Il est encore trop tôt pour se prononcer sur l'efficacité des diverses approches. Pour l'approche suisse, on peut déjà s'attendre à ce que la nouvelle réglementation ait un impact positif; s'agissant du système adopté par l'UE, il n'est pas possible de faire des pronostics.

4.3.3 Efficacité des nouveautés introduites dans le droit suisse

4.3.3.1 Rémunération pour la vidéo à la demande (VoD)

Selon les sociétés de gestion, le nouveau tarif commun relatif à la VoD (TC 14) devrait être approuvé au 1^{er} janvier 2022. Elles ne prévoient aucun problème dans la mise en œuvre de ce nouveau droit. Du point de vue des titulaires de droits, le droit à rémunération pour la VoD constitue un premier pas dans la bonne direction. On peut donc supposer qu'il contribuera à combler le *value gap* en faveur des créateurs.

²² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

La DUN ne critique pas le droit à rémunération pour la VoD en tant que tel, mais sa mise en œuvre. Bien qu'il ait été possible de se mettre d'accord sur un tarif dans ce domaine, les tribunaux civils compétents devront, selon elle, encore tirer au clair plusieurs questions. La Fédération estime en outre que les articles inscrits dans la loi vont trop loin. La réglementation visait les fournisseurs de services classiques de VoD qui exploitent ainsi un modèle commercial. Mais selon le libellé de la disposition, pratiquement toutes les images animées d'une page d'accueil sont susceptibles de tomber sous le coup de cette réglementation. Elle s'étendrait également aux institutions de la mémoire qui donnent accès à des vidéos dans le cadre de leur devoir d'archivage. Selon la DUN, ce n'était pas l'intention des dispositions adoptées. Dans ce contexte, on pourrait se référer, par exemple, à l'intervention de Christa Markwalder lors des débats sur les articles 13a et 35a : « Die Video-on-Demand-Vergütung soll jedoch den Urheberinnen und Urhebern sowie den Interpretinnen und Interpreten einen Anteil am Umsatz, insbesondere gegenüber den grossen internationalen Plattformen, generieren »²³ (l'objectif du droit à rémunération pour la VoD est qu'une partie du chiffre d'affaires généré aille aux auteurs et aux interprètes plutôt qu'aux grandes plateformes internationales, *traduction libre*). Le sens d'une disposition légale ne découle pas seulement de son libellé, mais aussi des travaux préparatoires qui l'accompagnent. Il appartiendra donc aux tribunaux civils de délimiter le champ d'application de la norme.

4.3.3.2 Durée de la protection

L'allongement de la durée de protection de vingt ans ne permet pas de faire renaître la protection des interprétations et des productions qui sont déjà tombées dans le domaine public. La réglementation déploiera donc progressivement ses effets et ne développera tout son potentiel que dans vingt ans. Par conséquent, aucun revenu supplémentaire n'a été enregistré pour l'heure. Alors que les titulaires de droits supposent que des revenus supplémentaires pourront être générés à moyen terme, Swissperform, la société de gestion compétente, pense que la réglementation entraînera davantage une redistribution entre les titulaires de droits.

Les utilisateurs confirment ce tableau. À ce jour, ils n'ont pas identifié de coûts additionnels qui seraient imputables à cette réglementation. Aux yeux d'economiesuisse, la pertinence de cette réglementation réside principalement dans les négociations entre les organisations d'artistes interprètes et les plateformes de streaming. Ces dernières, à leur tour, auraient entraîné une augmentation des coûts (mais aussi des bénéfices) pour les utilisateurs.

L'UE accorde une durée de protection de 70 ans uniquement aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de musique. Il n'est pas prévu d'étendre la protection aux acteurs et aux producteurs de films. Un rapport de la Commission rejette même une telle extension au motif que les consultations à ce sujet n'en ont pas révélé la nécessité. La Commission confirme qu'il existe effectivement une inégalité de traitement, mais souligne que les exigences internationales sont remplies, voire même dépassées.²⁴ En comparaison avec l'UE, la réglementation suisse va plus loin et évite ainsi l'inégalité de traitement qui existe au plan européen.

4.4 Bilan provisoire

Les premiers résultats laissent penser que la révision va dans le sens des objectifs fixés. Dans le domaine de l'amélioration de l'accès aux œuvres, la dimension internationale doit continuer de faire l'objet d'un suivi au sein des organes correspondants, et dans le domaine des licences collectives étendues, il convient de suivre activement les expériences faites dans la pratique.

²³ BO 2018 N 2189-2190

²⁴ Document de travail des services de la Commission (Bruxelles, 9.12.2020) : Assessment of the possible need for an extension of the term of protection of rights of performers and producers in the audiovisual sector, p. 18. Peut être consulté sous le lien suivant : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13870-2020-INIT/en/pdf> (état au 4.8.2021).

Partie 2 – Protection des contenus journalistiques

5 Discussion dans le cadre de la procédure parlementaire relative à la révision partielle

Les médias font indiscutablement face à une situation difficile. Dans son message du 29 avril 2020 sur le train de mesures en faveur des médias, le Conseil fédéral constatait : « Dans une démocratie, des médias indépendants et diversifiés remplissent une fonction étatique et politique importante. Or, la situation économique des médias se détériore de plus en plus : les recettes des journaux liées à la publicité et aux abonnements réalisées par les journaux sont en constante baisse. Les recettes de la publicité en ligne affichent une hausse, certes, mais les médias en ligne nationaux n'en profitent pas²⁵ ». C'est pourquoi la CSEC-E a déposé, dans un premier temps, deux propositions visant à améliorer la situation des entreprises suisses de médias et des journalistes²⁶ lors des débats parlementaires sur la révision partielle de la LDA, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2020 : la première en faveur d'un nouvel art. 13b « Mise à disposition d'œuvres journalistiques » et la deuxième en faveur d'un nouvel art. 73a « Droit voisin en faveur des éditeurs de médias ». Ces modifications n'ont toutefois pas été retenues dans la révision de la loi. D'une part, la question de l'efficacité de la réglementation proposée restait ouverte. D'autre part, il n'était pas encore clair, à ce moment-là, comment les États membres de l'UE transposeraient la directive européenne à peine adoptée. Le Parlement a donc décidé de ne pas donner suite à ces deux propositions; en lieu et place, il a chargé le Conseil fédéral d'élaborer le présent rapport²⁷.

6 Situation au plan international

6.1 Situation dans l'UE

Les médias journalistiques se battent depuis quelque temps déjà pour financer leurs offres, en particulier depuis la baisse des recettes publicitaires. Cette baisse s'explique notamment par l'apparition de nouvelles plateformes publicitaires attrayantes dans le sillage du numérique avec le développement des services en ligne. D'une part, les médias journalistiques et les services en ligne sont en concurrence; d'autre part, ils sont étroitement liés, dans la mesure où ils proposent des services complémentaires.

Divers services en ligne ont tiré profit du fait que les publications journalistiques sont aujourd'hui disponibles en grand nombre sur Internet et fournissent notamment un accès à des publications journalistiques via des liens ou des *snippets* (aperçus du contenu). Ces derniers sont collectés automatiquement par la plateforme (Google News) ou postés par ses utilisateurs ou par les médias journalistiques eux-mêmes (Facebook, Twitter, etc.). Leur service consiste donc à créer une vue d'ensemble des actualités et à y faciliter l'accès au moyen d'un lien. Ainsi, les utilisateurs diminuent leurs coûts de recherche et d'information, d'une part, et les médias journalistiques bénéficient de la hausse de fréquentation de leurs offres, d'autre part. Les services en ligne vivent quant à eux dans une large mesure de contenus produits par des tiers, tels que les publications journalistiques. En facilitant l'accès à des contenus journalistiques, dont la production est relativement coûteuse pour les médias journalistiques, ils peuvent accroître leur attractivité et générer ainsi des recettes publicitaires supplémentaires. S'ils

²⁵ Message du 29 avril 2020 sur le train de mesures en faveur des médias; FF 2020 4485.

²⁶ Proposition de la CSEC-E en faveur de l'introduction d'un art. 13b (nouveau) « Mise à disposition d'œuvres journalistiques » et d'un art. 73a (nouveau) « Droit voisin en faveur des éditeurs de médias ».

²⁷ Point de presse CSEC-E (29.4.2019) : Droit d'auteur – la problématique des géants du web pas encore dans la loi. KEYSTONE-SDA-ATS AG. Peut être consulté sous le lien suivant : <https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/sda-2019-04-29.aspx> (état au 13.7.2021).

enrichissent les liens fournis à l'aide d'un aperçu du contenu produit par les médias journalistiques (*snippets*, ou « extraits »), il se peut que le besoin d'information de certains utilisateurs soit déjà satisfait, de sorte qu'ils ne consultent (même) plus l'offre de ces derniers.

Dans ce contexte, l'UE a arrêté, avec l'adoption de l'art. 15 de la directive copyright en avril 2019, une réglementation en matière de droit d'auteur visant à protéger les publications journalistiques quant à leur utilisation en ligne. Cette nouvelle réglementation vise à reconnaître les éditeurs comme détenteurs des droits sur les publications journalistiques ainsi qu'à contribuer au maintien de la liberté et du pluralisme des médias, deux conditions indispensables pour garantir un journalisme de qualité et l'accès des citoyens aux informations. Pour produire des publications journalistiques, les éditeurs doivent réaliser des investissements aussi bien sur le plan organisationnel que financier. Le but du droit voisin est de faciliter l'amortissement de ces investissements par l'octroi de licences et l'application des droits sur les publications journalistiques dans le cas d'utilisations en ligne par les services de la société de l'information dans l'environnement numérique²⁸.

Les médias journalistiques se font certes céder les droits d'auteur sur les publications qui leur sont confiées par les journalistes, mais ils ne peuvent généralement en tirer aucun bénéfice direct dans le cas des services en ligne susmentionnés. Car contrairement à la réutilisation d'articles complets par exemple, l'affichage de *snippets* ne constitue, aujourd'hui, pas nécessairement une reprise par les services en ligne des contenus créés par les médias journalistiques. Les *snippets* sont en effet parfois si courts qu'ils ne peuvent plus être considérés comme présentant un caractère individuel et ne sont donc pas protégés par le droit d'auteur. Dans la mesure où l'art. 15 de la directive copyright étend désormais la protection à ces courts extraits de textes, les médias journalistiques devraient être en mesure d'entamer des négociations efficaces avec les services en ligne et de délivrer des licences pour leurs contenus.

À cette fin, la directive met les prestataires de services de la société de l'information à contribution. Est considéré comme service de la société de l'information tout outil de transmission de données via Internet qui permet aux utilisateurs d'accéder aux données depuis le lieu et au moment de leur choix. L'art. 15 de la directive copyright limite cependant le cercle des personnes soumises à cette obligation aux fournisseurs qui proposent leurs services contre rémunération. Compte tenu de l'objectif poursuivi, la réglementation devrait non seulement couvrir les services par abonnement, mais aussi les services financés par la publicité.

Sont considérés comme bénéficiaires les médias journalistiques, d'une part, et les auteurs et autres ayants droit des œuvres et autres objets protégés contenus dans une publication journalistique, d'autre part. Puisqu'elle est corrélée au statut d'auteur, la disposition s'applique non seulement aux journalistes liés par des rapports de travail, mais aussi aux journalistes indépendants.

La disposition en question de la directive copyright a pour objet les « publications de presse ». En vertu du consid. 56²⁹, la notion de publications de presse doit être définie de manière à couvrir uniquement « les publications journalistiques, publiées dans les médias quels qu'ils soient, y compris sur papier, dans le contexte d'une activité économique qui constitue une fourniture de services en vertu du droit de l'Union », notamment par exemple « des journaux quotidiens, des magazines hebdomadaires ou mensuels généralistes ou spécialisés, y compris les magazines vendus sur abonnement, et des sites internet d'information ». Le contenu de telles publications journalistiques est essentiellement constitué de contributions rédactionnelles, mais aussi de photographies et de vidéos. Les publications périodiques, comme les revues scientifiques qui sont publiées à des fins scientifiques ou universitaires et qui mettent à disposition des informations destinées à des sites internet, tels que les blogs, dans le cadre d'une activité qui n'est pas effectuée à l'initiative, et sous la responsabilité et le contrôle éditorial, d'un fournisseur de services tel qu'un média journalistique ne devraient par contre pas être couverts par la protection accordée par la directive aux publications journalistiques.

²⁸ Cf. directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130 du 17.5.2019, consid. 54–60, pp.103–104.

²⁹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130 du 17.5.2019, p. 104.

En vertu de l'art. 15, al. 1, de la directive copyright, les États membres de l'UE prévoient des dispositions qui accordent aux médias journalistiques le droit de reproduction, de communication au public d'œuvres et de mise à disposition du public d'autres objets protégés pour l'utilisation en ligne de leurs publications journalistiques par des prestataires de services de la société de l'information. Les droits octroyés ne s'appliquent pas à l'utilisation de mots isolés ou d'extraits très courts ou aux actes d'hypertextes. Ne sont pas non plus couvertes les utilisations privées ou non commerciales des publications journalistiques par des utilisateurs individuels.

Comme exposé au ch. 3.2, seuls quatre des 27 membres de l'UE ont transposé la directive européenne dans leur législation nationale et mis en œuvre, dans ce contexte, la protection des droits voisins³⁰. L'Espagne et l'Allemagne avaient déjà introduit les droits voisins, indépendamment de l'adoption de la directive. La France a, quant à elle, préféré introduire ces droits en prévision de la mise en œuvre de la directive. Le faible taux de transposition est certainement dû au fait que la Commission n'a publié les lignes directrices relatives au système d'octroi des licences accordées aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne que le 4 juin 2021, soit peu avant l'expiration du délai de transposition de la directive européenne.

6.2 Analyse des pays

Pour illustrer la transposition des droits voisins, le présent rapport décrit la mise en œuvre dans les États voisins de la Suisse, aux Pays-Bas, au Luxembourg, ainsi qu'en Grande-Bretagne, ancien État membre de l'UE, et en Australie.

Les analyses des pays débouchent toutes sur le constat qu'il n'est à l'heure actuelle pas aisé d'évaluer avec précision les recettes générées par les droits voisins. Dans la mesure où certains pays prévoient un système de licences individuelles, il ne sera pas possible de quantifier ces revenus, les contrats de licence individuels n'étant pas consultables.

6.2.1 Allemagne

L'Allemagne avait introduit un droit voisin en 2013 déjà. Les dispositions prévues par la législation allemande sur le droit d'auteur (UrhG) se sont toutefois révélées inefficaces à l'époque. Une plateforme Internet refusait par exemple de payer des licences pour l'utilisation de *snippets*. Les médias journalistiques, qui souhaitaient continuer à figurer dans les listes de résultats afin d'attirer le trafic de données vers leurs propres sites, l'ont donc autorisé à utiliser les *snippets* sans contrepartie³¹. En 2019, la CJUE a finalement attesté un vice de forme concernant le droit voisin allemand (défaut de notification à la Commission européenne). Lors de litiges opposant des particuliers, il était dès lors possible de faire valoir l'inapplicabilité de ce droit³².

Dans le sillage de la directive copyright, la loi sur l'adaptation du droit d'auteur aux exigences du marché unique numérique est entrée en vigueur le 7 juin 2021 et, avec elle, les nouvelles dispositions relatives à la protection des médias journalistiques³³. Leur contenu est très semblable à celui du droit voisin instauré en 2013. Elles réglementent notamment les droits conférés aux médias journalistiques et leurs modalités d'exercice, tout comme leur durée de validité ainsi que la rémunération des créateurs impliqués dans la publication journalistique, tels que les journalistes et les photojournalistes. Sur

³⁰ L'Allemagne, la Hongrie, Malte et les Pays-Bas (état au 28.7.2021). La France a certes introduit un droit voisin en faveur des éditeurs de presse, mais n'a pas encore transposé la directive dans sa totalité.

³¹ <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/macht-im-internet/leistungsschutzrecht-presseverlage-erteilen-google-recht-zur-gratisnutzung-13225088.html> (état au 9.7.2021).

³² CJUE, Arrêt de la Cour du 12.9.2019, affaire C-299/17, *VG Media/Google*, ECLI:EU:C:2019:716.

³³ Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt, année 2021, partie I, n°27, publié à Bonn le 4.6.2021.

la base de ces dispositions, de premiers accords ont, dans l'intervalle, été conclus en Allemagne entre Google et divers médias journalistiques.

6.2.2 France

La France connaît un droit voisin exclusif ancré dans la loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des médias journalistiques³⁴ et dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI)³⁵. Ces deux textes réglementent les modalités d'utilisation en ligne des publications journalistiques par les services dits « de communication en ligne ». Dans le cas d'une reprise de leurs publications, les médias journalistiques peuvent négocier avec les services de communication en ligne une rémunération calculée sur la base du chiffre d'affaires ou sur une base forfaitaire. La fixation du montant de cette rémunération prend en compte des éléments tels que les investissements humains, matériels et financiers réalisés par les médias journalistiques et l'importance de l'utilisation des publications journalistiques par les services de communication au public en ligne (L218-4 CPI). Les journalistes ont droit à une part appropriée et équitable de la rémunération des médias journalistiques (L218-5 CPI). Les exceptions au droit voisin, tels que les actes d'hyperliens, sont énumérées à l'art. L211-3-1 CPI.

Peu après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, l'Autorité de la concurrence a déjà été saisie par plusieurs parties (Agence France-Presse et le Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine, entre autres), qui accusent la société Google (ci-après « Google ») de pratiques anticoncurrentielles.

Google a en particulier été accusé de contraindre les médias journalistiques à accepter la reprise de leur contenu sans juste indemnité³⁶. L'Autorité de la concurrence a conclu que le géant du web occupait une position dominante sur le marché français³⁷ et s'était par conséquent comporté de manière anticoncurrentielle dans le cas d'espèce³⁸. Google a contesté cette décision et saisi la Cour d'appel, qui a confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence dans son arrêt du 8 octobre 2020³⁹ en statuant que Google occupe une position dominante sur le marché⁴⁰. Le tribunal a également constaté que Google avait entre autres abusé de celle-ci en empêchant les médias journalistiques de négocier une rémunération pour la reproduction partielle de leurs publications journalistiques⁴¹.

Alors que la procédure d'appel était toujours en cours, l'Autorité de la concurrence a engagé une autre procédure qui, comme en Allemagne⁴², avait pour objet les contrats en lien avec *Google News Showcase*. Le 12 juillet 2021, elle a constaté dans un nouvel arrêt que Google avait agi de mauvaise foi en refusant de négocier spécifiquement une rémunération pour la reproduction partielle des publications journalistiques et que la société n'avait établi aucune distinction entre les redevances de licence dues pour les contenus en lien avec son service *Google News Showcase* et la rémunération pour la reproduction partielle des publications⁴³. L'issue de cette procédure n'est pas encore connue. Dans un cas, toutefois, il a été possible de parvenir à un premier accord⁴⁴.

6.2.3 Italie

En avril 2021, le Sénat italien a adopté la loi dite « de délégation européenne » 2019–2020⁴⁵. Celle-ci vise à fournir un cadre au décret d'application qui transpose la directive copyright dans le droit italien. Le projet du décret d'application⁴⁶ prévoit le droit exclusif, pour les médias journalistiques, de repro-

³⁴ Loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

³⁵ Code de la propriété intellectuelle, Chapitre VIII : Droits des éditeurs de presse et des agences de presse.

³⁶ Décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, réf. 2, 5, 8 et 91–95, pp. 8–9 et 28–29.

³⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, réf. 172, p. 41.

³⁸ Cf. décision de l'Autorité de la concurrence n°20-MC-01 du 9 avril 2020, notamment réf. 237, 241 et 254, pp. 55, 56 et 58.

³⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020.

⁴⁰ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020, consid. 82, p. 15.

⁴¹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020, consid. 108, p. 18–19.

⁴² Cf. ch. 6.2.1.

⁴³ Décision de l'Autorité de la concurrence n°21-D-17 du 12 juillet 2021, réf. 230–234, pp. 59–60.

⁴⁴ <https://www.tagessanzeiger.ch/afp-schliesst-verguetungvereinbarung-mit-google-ab-694923919919> (état au 26.11.2021).

⁴⁵ www.politicheeuropee.gov.it > Normativa > Legge di delegazione europea > Legge di delegazione europea 2019–2020 (état au 4.8.2021).

⁴⁶ <https://meiweb.it/2021/07/13/schema-di-decreto-legislativo-recante-attuazione-della-direttiva-ue-direttiva-ue-2019790-del-parlamento-europeo-e-del-consiglio-sul-diritto-d'autore-e-sui-diritti-connessi-nel-mercato-unico-di/> (état au 9.8.2021).

duire ou de rendre accessibles leurs publications journalistiques. Dans cette perspective, les prestataires de services de la société de l'information doivent obtenir leur autorisation pour exploiter les publications⁴⁷. Les auteurs de ces publications ont droit à une part équitable et conforme à la convention collective des recettes que les médias journalistiques perçoivent de la part des prestataires de services de la société de l'information pour l'exploitation de leurs publications⁴⁸. Étant donné que la réglementation n'était pas encore entrée en vigueur au moment de la rédaction du rapport, il n'est à l'heure actuelle pas encore possible de se prononcer sur son efficacité.

6.2.4 Autriche

L'Autriche se trouve encore en phase de concertation politique. Le projet de modification du droit d'auteur 2021 a été envoyé en consultation générale le 3 septembre 2021. La date limite de consultation du projet était fixée au 13 octobre 2021.

L'Autriche avait prévu une obligation de gestion collective dans le projet de loi. Elle justifiait son approche par les récents développements, comme en France, où le droit voisin avait été mis en œuvre plus rapidement que prévu, ces expériences montrant que la forme collective constitue probablement le seul moyen d'appliquer efficacement le droit voisin à l'encontre des plateformes en ligne et des moteurs de recherche qui dominent le marché.

Une gestion collective peut également s'avérer utile, dans certaines circonstances, pour garantir la diversité de la presse. Elle permet de comprimer les coûts de transaction, car une seule et unique société de gestion sert d'interlocuteur aux plateformes en ligne et aux moteurs de recherche. Leurs licences couvriraient alors également les petits médias journalistiques, à qui les grandes plateformes n'auraient pas forcément demandé de licence.

Comme la Commission européenne juge une *obligation* de gestion collective non conforme à la directive européenne, la prescription légale doit être notifiée à l'UE. C'est pourquoi une telle obligation n'a pour l'instant pas été inscrite dans le projet du gouvernement qui est actuellement en suspens au Parlement.

6.2.5 Pays-Bas

Lors des négociations sur la directive copyright, les Pays-Bas se sont montrés critiques envers le nouveau droit voisin; ils font partie des pays⁴⁹ qui ont voté contre la directive en 2019. Ils ont néanmoins été le premier État membre à mettre en œuvre la directive au niveau national. La loi de transposition⁵⁰, qui s'inspire largement de la directive européenne, a déjà été adoptée le 16 décembre 2020 et est entrée en vigueur le 7 juin 2021.

Comme en France, Google a entamé des négociations avec divers médias journalistiques aux Pays-Bas pour obtenir les licences nécessaires. Facebook, en revanche, semble vouloir adopter une approche différente et demande aux médias journalistiques d'accepter que la plateforme utilise gratuitement leurs contenus. Si un média journalistique partage lui-même son contenu sur Facebook, un aperçu pointant vers la publication continuera ainsi d'être affiché. Toutefois, si un utilisateur de Facebook partage des publications journalistiques provenant de médias journalistiques qui n'ont pas donné leur accord, seule l'URL sera affichée à l'avenir, et non plus un aperçu. Il n'est pas encore possible de savoir si cette approche portera ses fruits. Il est cependant vraisemblable que ce procédé aille à l'encontre du sens et de la finalité du droit voisin, car Facebook pourrait éviter ainsi de verser une rémunération aux médias journalistiques.

⁴⁷ Projet de décret d'application, art. 5 concernant l'art. 43-bis, al. 1.

⁴⁸ Projet de décret d'application, art. 5 concernant l'art. 43-bis, al. 12.

⁴⁹ Les autres États membres qui ont voté contre la directive copyright sont les suivants : le Luxembourg, la Pologne, l'Italie et la Finlande.

⁵⁰ Loi du 16 décembre 2020 modifiant la loi sur le droit d'auteur, la loi sur les droits voisins et la loi sur les bases de données ainsi que la loi sur la surveillance et le règlement des litiges des organismes de gestion collective en relation avec la mise en œuvre de la Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE. La loi (en néerlandais) peut être consultée sous le lien suivant : <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html> (état au 4.8.2021).

6.2.6 Luxembourg

Le 11 juin 2021, le Conseil de gouvernement luxembourgeois a adopté le projet de transposition de la directive copyright⁵¹. Le projet de loi, largement basé sur la directive, sera débattu au Parlement en 2022; la date de son entrée en vigueur n'a pas encore été fixée. Ainsi, la définition de la « publication de presse⁵² », par exemple, est reprise mot pour mot, tandis que le texte fait référence aux considérants 55, 57 et 58 de la directive européenne pour justifier les exceptions. Il tient compte par ailleurs du projet de loi de transposition belge⁵³ et de la loi française du 24 juillet 2019⁵⁴, ceci afin de garantir – dans la mesure du possible – la cohérence entre la législation et la jurisprudence⁵⁵.

6.2.7 Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a quitté l'UE le 31 janvier 2020. Il a donc communiqué qu'il n'était pas tenu de mettre en œuvre la directive copyright et qu'il n'en avait d'ailleurs pas l'intention⁵⁶. Dans la législation nationale sur le droit d'auteur en vigueur au Royaume-Uni, aucune disposition ne prévoit la protection des publications journalistiques quant à leur utilisation en ligne. Selon les informations fournies par l'Office national de la propriété intellectuelle (UK IPO), ce dernier attend et observe la mise en œuvre de l'art. 15 de la directive copyright dans les États membres de l'UE en vue d'une évaluation de ses potentielles répercussions sur les médias journalistiques nationaux. Les éventuels amendements futurs du droit national se feraient dans le cadre du processus législatif national usuel.

6.2.8 Australie

Le 25 février 2021, le Parlement australien a adopté le News Media Bargaining Code (NMBC)⁵⁷. Le code, qui est entré en vigueur le 2 mars 2021, vise à garantir une rémunération appropriée des médias journalistiques pour le contenu qu'elles créent.

Pour prétendre à une part des revenus publicitaires des plateformes, les médias journalistiques doivent d'abord s'inscrire en ligne. À cet effet, le NMBC définit un certain nombre de conditions. Ainsi, il faut que les entreprises exploitent ou contrôlent des activités liées à l'industrie de l'information pour être enregistrées au sens du NMBC. Elles doivent également passer une série de tests de qualification. Aucune obligation de paiement explicite pour les plateformes ne figure dans le NMBC. Au contraire, les plateformes sont tenues, à la demande des médias journalistiques, d'entamer des négociations sur la rémunération de leurs contenus. Si les parties ne parviennent pas à trouver un accord, une procédure de conciliation a lieu. Le code ne prévoit pas d'exceptions, par exemple pour la diffusion à titre gracieux de mots isolés ou de courts extraits de publications journalistiques (*snippets*), ni une participation des journalistes. En réponse au projet de NMBC, Facebook s'est d'abord abstenu de diffuser des informations. Le NMBC a ensuite été adapté afin d'offrir davantage de flexibilité aux plateformes et aux médias journalistiques. Selon les médias, Google et Facebook ont entre-temps conclu des accords de licences de contenus journalistiques avec un certain nombre de sociétés de médias. D'après la commission australienne de la concurrence et de la consommation, le code – et partant, par exemple la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage obligatoire en cas d'échec de l'accord – ne s'appliquera pas à Facebook et à Google tant qu'ils continuent de conclure leurs propres accords

⁵¹ Projet de loi n°7847 portant transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, et modifiant :

1° la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins, et les bases de données;

2° la loi du 3 décembre 2015 relative à certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines;

3° la loi du 25 avril 2018 relative à la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

⁵² Cf. art. 2, al. 4, directive copyright.

⁵³ Le projet de loi de transposition belge n'a pas encore été déposé à la Chambre des représentants de Belgique, et la rédaction du projet de loi luxembourgeois se base sur une version non officielle.

⁵⁴ Loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse (1).

⁵⁵ Avant-projet de loi portant transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, p. 13.

⁵⁶ <https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2020-01-16/4371> (état au 22.6.2021).

⁵⁷ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021> (état au 25.7.2021).

avec un nombre suffisant de médias journalistiques en Australie. Le NMBC fait donc office de loi supplétive au cas où Google et les autres géants du Web ne réglementent pas les rémunérations dans un cadre privé.

6.3 Appréciation

6.3.1 Droit voisin selon la directive de l'UE

Alors que les précédentes réglementations nationales en Espagne et en Allemagne n'avaient pas produit l'effet escompté, la situation a changé avec la mise en œuvre d'un droit voisin dans l'UE et en Australie. Dans divers pays, des accords ont été conclus entre les services en ligne et les médias journalistiques, ce qui a débouché sur une rémunération pour l'utilisation de publications journalistiques.

Il demeure toutefois des questions d'ordre juridique. Sans droit voisin, les parties de publications journalistiques qui sont reprises et affichées avec le lien (*snippets*) peuvent parfois être si courtes qu'elles ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Dans ces cas, leur utilisation ne constitue pas un acte relevant du droit d'auteur, et ne requiert donc aucune licence. C'était également la situation dans l'UE, raison pour laquelle elle a introduit un droit voisin dans la directive copyright afin que l'utilisation de *snippets* constitue un acte juridiquement pertinent. La directive européenne précise toutefois, à son art. 15, al. 1, que ce droit voisin ne couvre ni les actes d'hyperliens ni l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication journalistique. Cette précision a permis d'abaisser le seuil à partir duquel l'utilisation d'une partie du texte nécessite une licence, sans pour autant le supprimer dans l'intérêt de la liberté d'information et du bon fonctionnement d'Internet. Les services en ligne ont alors raccourci les « *snippets* » pour qu'ils soient considérés comme de « très courts extraits » et qu'ils puissent ainsi échapper au champ d'application du droit voisin et donc à une obligation de rémunération. En France, il a sans doute fallu attendre qu'un arrêt de la Cour d'appel du 20 octobre 2020⁵⁸ instaure le respect du droit voisin même dans le cas d'utilisation de très courts extraits. La Cour d'appel a en tout cas jugé que Google avait tenté de saper l'objectif de ce droit en n'utilisant que de très courts extraits afin de rester en dessous du seuil prévu. Dans son argumentation, la cour n'a toutefois pas expliqué la teneur exacte de l'infraction au droit de la concurrence, mais a fait valoir que le droit voisin manquerait son but si Google pouvait éviter de conclure des accords de licence en adoptant ce comportement.

Selon les circonstances et son aménagement concret, le droit voisin inspiré du modèle européen ne fonctionne par conséquent que si les services en ligne dominants sur le marché ont l'obligation de conclure des contrats. Cela pourrait laisser entendre que la norme européenne en matière de droit d'auteur n'est peut-être adaptée que dans une mesure limitée et qu'il conviendrait davantage de chercher une solution dans le domaine du droit de la concurrence. Il n'est pas certain qu'un cas comme celui traité en France soit jugé de la même manière en Suisse. Le lien de causalité requis par le droit suisse et la jurisprudence du Tribunal fédéral entre une entreprise ayant une position dominante et le comportement abusif dénoncé (le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables au sens de l'art. 7, al. 2, let. c, de la loi sur les cartels⁵⁹) fait probablement défaut. Il serait en théorie concevable d'adopter une réglementation complémentaire dans le sens d'une « protection spéciale en faveur des médias » directement dans la loi sur les cartels, mais elle serait contraire au système. La loi sur les cartels a pour but de promouvoir la concurrence « dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral »⁶⁰. La protection de structure et de droit acquis, *a fortiori* en faveur d'un secteur économique donné, lui est étrangère.

⁵⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Paris n°20/08071 du 8 octobre 2020.

⁵⁹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels), RS 251.

⁶⁰ Art. 1 loi sur les cartels

Il convient dès lors d'examiner de manière approfondie comment aménager concrètement une réglementation en Suisse pour protéger les publications journalistiques. Il serait par ailleurs possible de contrecarrer l'éventuelle concentration du marché redoutée en prévoyant que le droit voisin soit géré collectivement par une société de gestion. Si les services en ligne se limitaient à conclure des contrats avec certains médias journalistiques internationaux (et exclure éventuellement par là même les médias journalistiques nationaux ou régionaux plus modestes de l'affichage de leurs résultats de recherche), l'objectif de garantir la diversité des médias serait en tout cas compromis. Alors qu'il est possible de tenir compte des diverses réserves dans le cadre de la réglementation, une régulation des plateformes s'impose si l'on veut contraindre les grands services en ligne à négocier et assurer aux médias journalistiques une compensation adéquate pour l'utilisation de leurs contenus.

6.3.2 Autres approches possibles

Sur la base des observations faites dans d'autres pays et des éventuels enjeux juridiques liés à l'adoption d'un droit voisin sur le modèle de l'UE, d'autres modes de rémunération des médias journalistiques par les services en ligne seraient envisageables. Ces derniers sont brièvement décrits ci-dessous. Ils devront également être approfondis.

6.3.2.1 Droit à rémunération en vertu d'un droit voisin

Dans la LDA, la protection conférée par les droits voisins ne prévoit pas seulement des droits exclusifs, mais lie également certains actes à un droit à rémunération (cf. art. 35 LDA). La création d'un droit à rémunération plutôt que d'un droit voisin exclusif aurait l'avantage de ne pas octroyer de droit d'interdiction au titulaire de droits. Ainsi, il ne serait pas nécessaire, pour assurer le fonctionnement d'Internet, d'exclure du champ d'application de la norme l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication journalistique, comme c'est le cas dans la directive copyright. Grâce à cette approche, les services en ligne ne pourraient pas échapper au champ d'application de la norme lorsqu'ils utilisent des publications journalistiques, ce qui permettrait de renoncer à une intervention en vertu du droit des cartels. Dans son aménagement, cette solution ne serait certes pas compatible avec la réglementation européenne, elle aboutirait cependant à un résultat comparable. De plus, le droit communautaire ne prévoyant aucune clause de réciprocité, un écart par rapport à sa réglementation n'aurait pas d'incidence négative pour la Suisse.

6.3.2.2 Approche basée sur le droit de la concurrence

Plutôt que de recourir à une réglementation comme dans l'UE, on pourrait examiner si la LCD⁶¹ offre une solution en partant de l'hypothèse qu'il existe une relation symbiotique entre les médias journalistiques et les services en ligne. Sans les premiers, il n'y aurait pas de contenus vers lesquels établir des liens, et sans les seconds, il serait moins aisé de trouver les contenus des premiers. Les médias journalistiques et les services en ligne fournissent donc des services complémentaires. Le système conduit cependant à un résultat indésirable, car les services en ligne peuvent augmenter leur attractivité grâce aux contenus des médias journalistiques et ainsi générer des revenus publicitaires supplémentaires aux dépens de ces derniers. En outre, un *tweet* ou un *snippet* peut potentiellement suffire à satisfaire le besoin d'information des internautes qui, par conséquent, ne se rendront jamais sur le site Internet du média journalistique. Dans ce cas, la complémentarité des services cesse d'exister, et il se produit un effet de substitution dans la mesure où les internautes se limitent exclusivement au résultat de leur recherche et renoncent à cliquer sur les autres liens. Cette situation se rapproche d'une exploitation de services de tiers et relève donc de la LCD.

⁶¹ RS 241

Une réglementation dans la LCD s'écarterait, elle aussi, de la réglementation européenne. Les services en ligne agiraient, de plus, automatiquement de manière déloyale dès lors qu'ils utiliseraient gratuitement les publications journalistiques. Un comportement aussi étroitement défini, dont la loyauté dépendrait uniquement du paiement ou du non-paiement d'un service dans un cas d'espèce, constituerait une nouveauté dans la LCD. La restriction à l'utilisation des publications journalistiques créerait une protection par branche, ce qui n'est actuellement pas prévu par la LCD. Une réglementation spécifique pour la protection des médias journalistiques dans la LCD entraînerait par conséquent une rupture avec le système.

6.3.2.3 Solution par branche

Les formats des émissions de télévision ne sont généralement pas protégés par le droit d'auteur. Ils sont néanmoins concédés sous licence, car les chaînes de télévision dépendent de sociétés de production et de développement qui fonctionnent bien. Comme dans le cas des chaînes de télévision et des sociétés de production et de développement, il existe une symbiose entre les médias journalistiques et les services en ligne, laquelle laisse entrevoir éventuellement la possibilité d'une solution par branche.

6.3.3 Bilan

Le Conseil fédéral reconnaît un droit de protection pour les prestations journalistiques et l'importance de médias indépendants et pluriels pour garantir la démocratie directe. Les plateformes en ligne profitent largement des prestations des médias journalistiques. C'est pourquoi le Conseil fédéral considère qu'il est justifié que ces derniers touchent une compensation pour leurs prestations. De plus, il ressort des développements internationaux actuels qu'un droit voisin peut permettre de rémunérer des prestations produites par des tiers et donc aussi de générer des contributions financières pour les médias journalistiques. Le Conseil fédéral est par conséquent disposé à approfondir les diverses approches visant à réglementer un droit voisin et à élaborer, d'ici à la fin 2022, un projet destiné à être mis en consultation. Dans le cadre de ces travaux, il faudra veiller à ce que les éditeurs de médias plus modestes et les journalistes bénéficient eux aussi de la réglementation choisie.