



Rapport de la commission spécialisée

« Informatique dans les nuages »





3 0 NOV. 2011

Paris, le

Madame Anne-Élisabeth Crédeville

Monsieur Jean-Pierre Dardayrol

Maître Jean Martin



**Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique**

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Madame, Messieurs,

Lors de la séance plénière du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 3 novembre dernier, il a été décidé de créer une commission sur les enjeux et les conséquences de l'« informatique en nuage » (« cloud computing »), afin de poursuivre les travaux accomplis par votre mission depuis le mois de juillet.

Les premières pistes de réflexion présentées en séance puis les échanges qui ont suivi avec les membres du Conseil supérieur ont mis en lumière l'importance d'appréhender précisément les différentes réalités, commerciales ou techniques, de l'informatique en nuage à destination des particuliers. Vous approfondirez cette description du phénomène, dans ses aspects techniques, économiques et commerciaux.

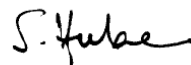
La commission poursuivra ainsi l'exercice de qualification juridique, mené par la mission, de l'ensemble des services d'informatique en nuage qui sont aujourd'hui proposés, étant entendu que ceux-ci continuent par essence à s'enrichir au fur et à mesure que l'offre commerciale se développe. Elle s'attachera plus précisément à distinguer ce qui relève dans le « nuage » du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire et de l'exception de copie privée.

Vous évalueriez également dans quelle mesure le droit existant permet d'appréhender les nouveaux usages en matière de copie et de stockage d'œuvres de l'esprit. A cet égard, la mission exploratoire a souligné que lorsque des œuvres de l'esprit sont disponibles à distance *via* plusieurs supports – ordinateur, téléphone portable, baladeur numérique – la réalisation de copies des œuvres pour équiper ces supports ne devient plus indispensable : un même exemplaire de chaque œuvre, stocké « dans les nuages », peut être consulté grâce aux divers équipements connectés. Dans ce contexte, la commission pourra réfléchir aux adaptations éventuellement nécessaires du droit à ces évolutions technologiques, notamment pour assurer la juste rémunération des ayants droit.

Pour conduire vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur les contributions des membres du Conseil supérieur, que j'invite dès maintenant à se manifester pour participer à ces travaux, ainsi que sur des experts extérieurs en cas de besoin. Vous serez assistés dans vos travaux par Monsieur Fabrice Aubert, auditeur au Conseil d'État.

Vous ferez rapport de l'état de vos travaux en mars 2012 à l'occasion de la prochaine séance plénière du Conseil supérieur.

Vous remerciant d'avoir accepté de prendre en charge cette mission, je vous prie de croire, Madame, Messieurs, à l'expression de mes salutations distinguées.



Sylvie Hubac

Ministère de la culture et de la communication
Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
(CSPLA)
182 rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01

1. Introduction

Lors de sa séance plénière du 3 novembre 2011, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a entendu poursuivre les travaux engagés par la mission « informatique dans les nuages », confiée à Mme Crédeville, Me Martin et M. Dardayrol en vue d'explorer l'incidence de ces nouvelles technologies sur le secteur culturel.

La présidente du CSPLA leur a donc confié la tâche de présider une commission spécialisée, ayant pour objectif d'approfondir, cette fois collégialement avec des représentants de divers univers (ayants droit des différents secteurs, constructeurs de matériel, consommateurs), l'entreprise d'inventaire et d'analyse juridique entreprise par la mission.

Dans le but, d'une part, de recueillir un éclairage technique sur ce qu'est l'informatique dans les nuages et sur les différentes offres commerciales et, d'autre part, d'entendre la diversité des points de vue sur les services d'informatique dans les nuages, la commission a notamment réalisé une série d'auditions. Elle a notamment pris le soin de donner à divers prestataires de services d'informatique dans les nuages (Apple, Google) la possibilité d'échanger sur ses travaux.

Le présent rapport présente le résultat des réflexions menées en commission. Après un travail préalable de définition, il dresse en premier lieu un panorama de l'informatique dans les nuages et de ses rapports avec la propriété littéraire et artistique. En second lieu, il procède à la qualification juridique des différents services d'informatique dans les nuages identifiés.

2. Description des principaux services d'informatique dans les nuages

2.1 Eléments de définition

Le « cloud computing », désigné le plus souvent en Français sous les termes d'« informatique dans les nuages » ou d'« infonuagique », regroupe un ensemble de techniques et de pratiques consistant à accéder, par un accès Internet, à du matériel ou à des logiciels informatiques situés chez un prestataire de services plutôt que chez l'utilisateur.

On distingue généralement trois grandes catégories de services d'informatique dans les nuages :

- La mise à disposition de matériel (« Infrastructure as a service » (IaaS)) : ce service consiste en la location de « hardware », c'est-à-dire de matériel informatique – serveurs, espace de stockage, réseaux – à l'utilisateur, qui ne détient plus ce matériel en propre mais peut en disposer à sa convenance grâce à une connexion. Ce type de service permet à l'utilisateur d'avoir l'assurance que son matériel, situé chez le prestataire, sera toujours adapté à ses besoins et sera régulièrement entretenu et renouvelé.
- La mise à disposition de plateformes de développement (« Platform as a service » (PaaS)) : ce service est destiné au développement d'applications. Il donne accès à un environnement virtuel préconfiguré dans lequel un développeur peut intégrer directement ses logiciels et leurs applications, sans avoir à investir dans les outils nécessaires.
- La mise à disposition de logiciels (« Software as a service » (SaaS)) : ce service permet l'accès à des logiciels applicatifs via le nuage et par l'intermédiaire d'un « client », souvent un simple navigateur. Il n'est donc plus nécessaire de télécharger et d'installer le logiciel et ses applications sur l'ordinateur.

Ces services sont délivrés sur la base d'un abonnement – éventuellement gratuit - ou d'un paiement à l'acte. Pour l'année 2012, le marché du cloud computing est estimé à environ 42 milliards de dollars. 80 % des services du cloud computing relèvent du secteur des logiciels.

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

Une seconde distinction doit par ailleurs être faite entre :

- le « cloud public », ouvert à tous, qui permet aux utilisateurs de réaliser des économies d'échelle ;
- le « cloud privé », qu'il soit géré par une entreprise ou un Etat, et qui permet de mettre en réseau un cercle d'utilisateurs prédéfinis et de sauvegarder leurs données sur un super serveur ;

- le « cloud hybride », qui permet de configurer un espace public et un espace privé en fonction de la nature des données à stocker. C'est le modèle d'infonuagique qui devrait être le plus courant à terme.

2.2 Une évolution plus qu'une révolution

Dans le cycle d'auditions qu'elle a mené, la commission a entendu des généralistes de l'informatique et des télécommunications (M. Ahcene Latreche, du constructeur Bull, M. Gilles Brégant, directeur général de l'Agence nationale des fréquences, M. Thomas Boué, de la Business Software Alliance), qui lui ont donné une vue d'ensemble de l'infonuagique et des réseaux qu'elle mobilise. Se dégage de ces auditions l'impression que l'infonuagique n'est pas en soi une rupture technologique : ainsi qu'il a été dit *supra*, elle s'appuie sur des techniques préexistantes de stockage distant de données et d'accès intelligents. A ce titre, est fréquemment revenue l'idée que le « cloud » est une notion de marketing, et que son développement tient surtout à l'essor des terminaux mobiles connectés (smartphones, tablettes). On assisterait donc au déploiement massifié de techniques déjà anciennes et à leurs adaptations à de nouveaux usages plutôt qu'à une révolution technologique.

C'est également ce qui ressort de l'audition de Me Christiane Feral-Schuhl, Bâtonnier de Paris, qui identifie deux tendances de fond auxquelles participerait l'informatique dans les nuages : la mutualisation, accélérée par les fonctionnalités de partage de contenus entre utilisateurs, et la dématérialisation, sur laquelle repose toute l'économie de l'informatique dans les nuages. Ce dernier aspect se traduit, notamment grâce à l'essor de l'infonuagique, par le passage d'une logique de possession (dans laquelle l'utilisateur achète un contenu sur un support) à une logique de location ou d'accès à des supports et contenus dématérialisés.

2.3 Panorama des offres commerciales et secteurs concernés

Afin de disposer d'une base de réflexion la plus complète possible, la commission s'est penchée sur les différentes offres commerciales recourant à l'informatique dans les nuages susceptibles de concerner la PLA. A ce titre, ont notamment été auditionnés deux des principaux prestataires de services infonuagiques aux particuliers : Apple, via les divers services d'iTunes, et Google, dont le service Google Play a été lancé aux Etats-Unis. D'autres offres ont également été évoquées aux cours des débats de la commission, notamment celles d'Amazon (Amazon Cloud Drive), d'OVH ou de Dropbox, sans toutefois que des représentants de ces sociétés aient été entendus.

Au terme de ses travaux, la commission est en mesure d'identifier plusieurs grandes catégories de services offerts aux particuliers dans les nuages. C'est sur la base de ces archétypes de services que la commission a pu entreprendre son travail de qualification juridique et dégager des recommandations adaptées à l'état de l'art infonuagique.

En l'état, lesdits services concernent principalement le secteur musical. Le livre pourrait également être concerné à travers l'offre de livres électroniques, déjà importante aux Etats-Unis et au Japon. Dans une moindre mesure, l'image fixe est touchée par le développement de services tels que le « Flux de photos » d'Apple.

2.4 Les services de casier personnel (Dropbox, OVH)

Le casier personnel (« personal locker ») est la forme la plus élémentaire d'offre d'espace dans les nuages. Ce service consiste en la mise à disposition d'un espace de mémoire distante, à l'image d'un disque dur, protégé en principe par un identifiant et un mot de passe. L'utilisation de ce casier est plus ou moins ergonomique, selon que le service s'adresse au très grand public ou à des utilisateurs plus avertis, désireux de créer des services personnels, communautaires ou ouverts au public. Il convient de noter que certains opérateurs offrent d'ores et déjà des possibilités de partage de fichiers entre utilisateurs, ce qui pose certaines questions juridiques, au regard notamment du statut du prestataire (voir le point 3.3).

Un casier personnel dans les nuages peut être utilisé à des fins variées, dont le stockage de contenus, y compris des œuvres. Ce type de service concerne donc directement la PLA, notamment en ce que son utilisation implique habituellement une reproduction des œuvres stockées. Une première reproduction peut intervenir lorsque l'utilisateur sauvegarde des fichiers dans le nuage (dans le cas général, le fichier n'est pas déplacé mais dupliqué, c'est-à-dire que l'utilisateur conserve son original sur son disque dur et qu'un exemplaire supplémentaire de l'œuvre est reproduit dans le nuage). D'autres reproductions interviennent par ailleurs lorsque l'utilisateur ne se contente pas de consulter ses œuvres dans son espace infonuagique mais re-télécharge des reproductions desdites œuvres sur ses divers terminaux connectés.

2.5 Les services de synchronisation associés à un service de vente (iTunes in the cloud, Google play, ...)

Cette deuxième catégorie d'offre d'informatique dans les nuages a constitué une préoccupation centrale dans les travaux de la commission.

Cette catégorie de services regroupe toutes les fonctionnalités adossées à la vente de contenus en ligne. Deux fonctions ont fait l'objet d'une attention particulière de la commission :

- le service de synchronisation instantanée : grâce à cette fonction, le consommateur qui achète un contenu en ligne peut se voir remettre une reproduction de ce contenu sur plusieurs de ses terminaux connectés, sans avoir à procéder lui-même à une synchronisation entre lesdits terminaux selon les modalités habituelles (c'est-à-dire par une connexion filaire). Dans le cas d'iTunes in the cloud, l'utilisateur qui acquiert un morceau de musique par iTunes Store sur son ordinateur peut obtenir le chargement automatique et simultané d'une reproduction de ce morceau sur son smartphone, sa tablette, ou ses divers ordinateurs (dans la limite de 10 terminaux, dont 5 ordinateurs). Il lui suffit pour ce faire d'« autoriser » les terminaux concernés.
- Le service de synchronisation différée grâce à un historique d'achats : cette fonction plus classique permet à l'utilisateur de disposer d'un historique d'achats dans les nuages. En pratique, cela lui permet de télécharger une première fois une œuvre lors de son acquisition, puis de la retélécharger par la suite autant de fois qu'il le souhaite à partir de cet historique personnel mis à disposition par le vendeur. Il ne s'agit donc ni plus ni moins que d'un service de synchronisation différée entre les terminaux de l'utilisateur et son espace infonuagique. Le principal intérêt pour l'utilisateur est de renouveler aisément les contenus qu'il détient sur ses divers terminaux, notamment

lorsque ceux-ci ont une capacité de stockage limitée, puisqu'un fichier effacé n'est jamais perdu tant qu'un exemplaire en demeure dans les nuages.

En plus de ces deux fonctionnalités principales, les services infonuagiques sont susceptibles d'offrir, sur les terminaux fixes, la possibilité de lire les fichiers directement à partir du nuage. Ce mode de lecture utilise aujourd'hui des technologies de téléchargement non permanent, même s'il n'est pas exclu que des fonctions d'écoute en pur streaming – donc non assimilables à un téléchargement – se développent à l'avenir.

Enfin, les offres infonuagiques sur terminaux mobiles sont susceptibles de proposer des modes d'écoute « hors ligne ». Il s'agit pour l'utilisateur de disposer d'un téléchargement de l'œuvre qui, sans être définitif (il sera automatiquement effacé selon des règles qui sont propres au logiciel ou à la machine), ne disparaît pas instantanément au terme de sa lecture et ne peut être qualifié de « transitoire » au sens du 6° de l'article L. 125-5 du code de propriété intellectuelle (cf. 3.1).

2.6 Les services d'identification et recherche d'équivalent (iTunes Match)

Cette catégorie de service, payant, est proposée en complément des offres de « cloud computing » adossées à d'importants catalogues d'œuvres. Ce type de service n'existe à ce jour que pour la musique, et n'est pas – d'après les opérateurs concernés – susceptible de concerner à court terme les contenus audiovisuels (notamment pour des raisons techniques tenant à l'identification des œuvres et à la bande passante nécessaire). Son principe consiste à permettre au prestataire de répertorier l'ensemble des contenus de l'utilisateur et de les identifier pour les apparier autant que possible avec des fichiers équivalents détenus par le service. Ce dispositif de « scan and match » repose en général sur une technologie de reconnaissance des données (empreintes acoustiques des fichiers audio) et des métadonnées du fichier (notamment le nom de l'artiste, le titre du morceau ou sa durée).

Pour tous les fichiers audio identifiés et autorisés, un équivalent fourni par le prestataire sera proposé en téléchargement à l'utilisateur via son espace dans les nuages. Afin d'améliorer l'attractivité de l'offre, l'équivalent proposé est en général de qualité supérieure à celle des fichiers communément disponibles chez l'utilisateur lui-même (Apple offre ainsi des équivalents en format AAC, de plus grande qualité que le format mp3 aux débits usuels). Il permet en outre la récupération de certaines métadonnées éventuellement manquantes (pochette de l'album par exemple). Une part des membres de la commission considère que cette amélioration qualitative doit être regardée comme la fonctionnalité centrale de ce type de service.

Dans les offres existantes, les fichiers non identifiés par le service sont quant à eux importés sur l'espace de l'utilisateur par un téléchargement ascendant « vers les nuages ». L'utilisateur en dispose ensuite de la même façon que les fichiers « matchés », à ceci près que c'est bien la copie du fichier initial qui est restituée, et non un équivalent. C'est également le cas pour les fichiers reconnus par le service, mais pour lesquels le service est conduit à considérer qu'il ne peut pas fournir d'équivalent. Dans le cas d'iTunes, les œuvres pour lesquelles il existe un conflit entre titulaires de droit entrent notamment dans cette catégorie de fichiers.

Il convient de noter que les prestataires ont intérêt à maximiser le nombre de fichiers identifiés, l'ouverture d'un lien vers les systèmes de distribution de leur base de données étant beaucoup moins onéreuse à ce jour que le téléchargement ascendant d'un fichier non identifié,

ce téléchargement étant davantage consommateur d'espace de stockage. L'appariement des fichiers offre par ailleurs au fournisseur de service la possibilité de promouvoir un format « propriétaire » de fichiers, ce qui peut présenter un fort intérêt industriel.

Ce type de service permet notamment aux prestataires nouvellement installés sur le marché d'offrir aux utilisateurs la possibilité de récupérer automatiquement, dans leur nouvel espace dans les nuages, la majeure partie des fichiers acquis précédemment auprès d'autres prestataires. Le service d'identification et de recherche d'équivalents assure donc une certaine « portabilité » des œuvres.

Les ayants droit constatent que, dans le cadre de tels services, il n'existe aucune garantie quant à la licéité du fichier original soumis à identification. Même si les conditions générales d'utilisation de tels services prévoient que le « scan and match » ne saurait être employé pour l'identification de fichiers illicites d'œuvres, ces conditions ne s'accompagnent d'aucun dispositif technique permettant de faire respecter cette clause d'interdiction (voir le point 3.4).

3. Les questions de qualification juridique soulevées par les services identifiés

Le travail de la commission a consisté prioritairement à proposer une qualification juridique pour chacun des services offerts grâce à l'informatique dans les nuages. Par qualification juridique on entend ici la détermination de l'appartenance de chaque acte aux droits d'auteur et droits voisins ou aux exceptions à ces droits, notamment celle de copie privée.

3.1 Rappels sur le cadre juridique

Plusieurs branches du droit sont concernées par le développement de l'informatique dans les nuages. Cette dernière doit notamment trouver sa place dans l'environnement juridique du commerce électronique et, bien sûr, dans le droit de la propriété intellectuelle.

Le régime juridique en vigueur des droits de propriété littéraire et artistique et de leurs exceptions

Le chapitre II du livre 1^{er} du code de la propriété intellectuelle consacre les droits patrimoniaux accordés aux auteurs. En vertu de l'article L. 122-1, le droit d'exploitation de l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction. Ces droits sont fréquemment désignés sous les termes de « droit exclusif d'exploitation » ou de « monopole d'exploitation ».

Le droit de représentation couvre, en vertu de l'article L. 122-2, tous les modes de communication de l'œuvre, qu'il s'agisse d'une représentation publique ou d'une « télédiffusion » (notion dans laquelle entre une diffusion en ligne). Le droit de reproduction concerne quant à lui toute « fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » (article L. 122-3).

Le code de la propriété intellectuelle prévoit toutefois plusieurs exceptions notables au droit exclusif. L'article L. 122-5 dispose en effet que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;
2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ; et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique ».

Outre l'exception pour représentation dans le cercle de famille et l'exception de copie privée, le code prévoit au même article que l'auteur ne peut interdire : « 5° les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat » (exception qui pourrait notamment concerner les services de « scan and match ») et « 6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ». La commission s'est interrogée sur

l'applicabilité de cette dernière exception aux fonctionnalités offertes par les services d'informatique en nuages (cf. *infra*).

Ces principes et exceptions s'appliquent de façon analogue pour les droits dits « voisins », droits patrimoniaux qui sont conférés aux artistes-interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes ainsi qu'aux entreprises de communication audiovisuelle : l'article L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle prévoit que les détenteurs de droits voisins ne peuvent notamment s'opposer à la représentation de leur œuvre dans le cercle de famille ou à sa reproduction pour un usage privé.

Ce cadre juridique national s'inscrit par ailleurs dans un ensemble juridique européen (directive DADVSI¹, directive sur le commerce électronique², directive sur les normes, réglementations techniques et règles des services de la société de l'information³) et international (convention de Berne⁴, convention de Rome⁵, Traités de l'OMPI, Accords ADPIC⁶), qui reconnaît et délimite les droits de propriété littéraire et artistique.

3.2 Sur la qualification juridique des services de synchronisation simultanée ou différée associés à un service de vente

La commission s'est attelée en priorité à la qualification juridique de ces services, qui représentent aujourd'hui une part importante des offres d'infonuagique. Elle s'est donc penchée sur la pertinence, pour les aborder, des concepts essentiels de la propriété littéraire et artistique décrits *supra*. Ainsi qu'il sera détaillé dans les pages qui suivent, ce travail n'a pas permis d'aboutir à un résultat pleinement consensuel.

3.2.1 Analyse liminaire sur l'application des droits exclusifs à l'ensemble des opérations mises en œuvre par cette catégorie de service

Autour des producteurs du secteur cinématographique et audiovisuel, une partie des membres de la commission a en effet estimé qu'il était impératif de se limiter à l'application des droits exclusifs dès lors que ces droits permettaient d'appréhender les opérations mises en œuvre par les services infonuagiques adossés à un service de vente : les opérations de copies réalisées vers et à partir du nuage peuvent, selon ces membres, être abordées grâce au droit de reproduction et les opérations d'accès au nuage par les utilisateurs grâce au droit de représentation. Pour lesdits membres, la possibilité même d'exercer les droits patrimoniaux a conduit à exclure toute approche, nécessairement subsidiaire, par les exceptions à ces droits⁷. Les mêmes estiment d'ailleurs que cette approche par exceptions est en tout état de cause inopportune, dès lors que la mise en œuvre d'exceptions légales briderait les ayants droit dans

¹ 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

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur

³ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et des réglementations techniques

⁴ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, modifiée le 28 septembre 1979

⁵ Convention internationale de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961

⁶ Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

⁷ Voir point 3.1.

leur faculté de négocier avec les prestataires de services infonuagiques et remettrait en cause la capacité des titulaires de droits à lutter contre certaines formes de contrefaçon numérique.

Le constat réalisé par les producteurs de cinéma et de l'audiovisuel n'a toutefois pas été partagé par les autres membres de la commission qui ont, pour leur part, relevé des limites, voire des obstacles dans l'application des droits exclusifs. La commission s'est donc engagée dans une analyse fine reposant sur une décomposition du service en opérations successives, qui a permis de définir plus précisément les éléments d'accord et de désaccord entre les membres. C'est le résultat de cette analyse qui est restitué ci-dessous, dans toute sa complexité.

3.2.2 Analyse détaillée et qualification des opérations successives mises en œuvre par cette catégorie de service

3.2.2.1 Les membres de la commission s'accordent pour considérer que l'acte de téléchargement de l'exemplaire initial d'une œuvre relève du droit exclusif

Dans les principaux modèles d'offre commerciale observés, les services de synchronisation via le nuage sont précédés d'un acte de vente d'une œuvre, donnant lieu à un téléchargement depuis la plateforme du service. Les membres de la commission s'accordent pour dire que cet acte de vente en ligne doit être traité ainsi qu'il l'a toujours été antérieurement à l'ère infonuagique : il s'agit d'un acte d'exploitation relevant du droit exclusif des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins.

Une première spécificité de l'infonuagique tient toutefois à l'ouverture, simultanément à la vente et donc au premier téléchargement, d'un droit d'accès à l'œuvre grâce au « cloud ». En l'état des pratiques commerciales, ce droit d'accès se manifeste par l'ouverture d'un lien vers la base d'œuvres du vendeur sur l'espace personnel/l'historique d'achat de l'utilisateur.

Par définition, ce lien n'est pas une reproduction distincte de l'œuvre : il ne fait que renvoyer vers la base d'œuvres du prestataire, à partir de laquelle des téléchargements pourront être réalisés. Il peut dès lors, selon certains membres, être regardé comme un simple moyen technique ne donnant pas, par lui-même, prise au droit exclusif.

3.2.2.2 Sur la nécessité d'une autorisation du prestataire pour fournir un service de synchronisation

Le prestataire dispose initialement d'une autorisation des titulaires de droit lui permettant d'effectuer des reproductions de contenus protégés dans sa base de données afin de procéder à la vente de ces reproductions par téléchargement. L'utilisation de ces reproductions au sein de la base données afin de fournir des services de synchronisation constitue une nouvelle exploitation de ces reproductions, qui doit faire l'objet d'une autorisation spécifique des ayants droit dans le cadre du droit exclusif qui leur est reconnu par le code de la propriété intellectuelle.

3.2.2.3 Sur la qualification des actes de synchronisation instantanée ou différée

Dans la limite des autorisations prévues par le contrat de licence, qui peut restreindre le nombre de terminaux de l'utilisateur pouvant en bénéficier, l'utilisateur peut, à la condition d'avoir activé cette fonctionnalité sur les terminaux concernés, recevoir instantanément et

automatiquement des reproductions supplémentaires de la même œuvre. Il peut également activer le lien déposé sur son espace personnel en vue d'obtenir des reproductions supplémentaires de façon différée⁷.

La qualification juridique de ces reproductions obtenues par synchronisation immédiate ou différée ne fait pas l'objet d'un accord entre les membres de la commission. En effet, deux conceptions contraires se dégagent.

Une première approche, dite « unitaire », rattache les actes de synchronisation au droit exclusif d'exploitation

La première approche, à laquelle ont notamment adhéré les producteurs de l'audiovisuel, consiste à regarder les reproductions obtenues grâce à la synchronisation des terminaux avec le « cloud », qu'ils soient simultanés ou différés, comme se rattachant pleinement au droit exclusif des titulaires de droits d'auteurs et droits voisins en ce qu'ils constituent tous des actes de téléchargement à la demande réalisés par un prestataire, opérateur commercial, et mettent à ce titre en œuvre le droit de représentation (communication au public) et de reproduction (copies réalisées sur le(s) terminal(aux) de l'utilisateur).. Il est relevé que le vendeur a été autorisé à délivrer plusieurs exemplaires d'une même œuvre par le contrat de licence conclu avec les ayants droit.

La possibilité même de cette autorisation tendrait, selon certains, à exclure le rattachement du service de synchronisation à l'exception de copie privée, dont l'une des caractéristiques est qu'elle s'exerce sans autorisation des titulaires de droits – et donc, *a priori*, indépendamment de toute autorisation.

Dans une telle optique, il n'y a pas lieu de faire de distinction entre d'une part, l'exemplaire obtenu sur le terminal d'achat et d'autre part, les reproductions subséquentes obtenues par l'utilisateur grâce au jeu d'une synchronisation avec le nuage : tous procéderaient d'actes d'exploitation relevant du droit exclusif.

Le même régime s'appliquerait d'ailleurs aux copies provisoires mais non « transitoires » réalisées pour les fonctions d'écoute hors-ligne sur les terminaux mobiles, bien qu'elles soient abusivement désignées sous le terme de « copie-cache » par les prestataires de services. En effet, le caractère non-transitoire de ces copies, qui ne sont pas effacées du terminal au terme de la lecture, fait obstacle à l'application de l'exception définie au 6° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle. Il y a donc lieu de les traiter comme n'importe quel téléchargement.

Plusieurs membres de la commission ont souligné la concordance de la thèse d'un rattachement au droit exclusif avec l'interprétation traditionnelle et constante du droit positif (voir *infra*). En opportunité, il est en outre souligné qu'une telle approche consiste également à maintenir les bornes de l'espace personnel sur Internet, c'est-à-dire à éviter un élargissement

⁷ En l'état des offres commerciales observées pour la musique, le nombre de reproductions qui peuvent être fournies à l'utilisateur est illimité, seul le nombre de points d'accès autorisés par utilisateur demeurant contrôlé (10 terminaux maximum). La commission s'est d'ailleurs interrogée sur le statut de cette limite de terminaux qui, dans la mesure où elle constitue une mesure de restriction efficace à l'accès et à l'usage de contenus, pourrait être considérée comme une mesure technique de protection au sens de l'article L. 331-5 du code de propriété intellectuelle. La plupart des membres ont toutefois jugé cette qualification inappropriée, dès lors que cette limitation n'est pas directement apposée sur le contenu lui-même et ne met pas directement en cause le nombre de copies qui peuvent être réalisées in fine par l'utilisateur.

de la sphère d'exception au droit d'auteur. Du maintien du principe du droit exclusif dépend en effet la capacité des ayants droit à valoriser la création.

Une deuxième approche, dite « duale », considère les actes de synchronisation à l'initiative de l'utilisateur comme une nouvelle manifestation de l'exception de copie privée

L'approche contraire, rattachant les actes de synchronisation à l'exception de copie privée, consiste à raisonner par identité d'effets pour l'utilisateur. En effet, le fait pour le consommateur de disposer de plusieurs exemplaires d'une même œuvre pour en faire usage sur plusieurs appareils de lecture n'est pas nouveau. Antérieurement, il supposait seulement pour l'utilisateur de dupliquer les œuvres sur des supports vierges ou de procéder à une synchronisation directe entre ses appareils. Il est donc aisé de reconnaître le caractère substituable de la technologie de synchronisation avec le nuage aux méthodes classiques de réalisation de copies privées. Cette logique est identique pour les différents types de contenus, qu'ils soient musicaux ou audiovisuels.

Les tenants de cette seconde approche ont souligné sa conformité au principe de neutralité technologique. En vertu de ce principe, la loi doit énoncer les droits et les obligations des personnes de manière générique, afin de ne pas privilégier le recours à une technologie au détriment d'une autre. La neutralité technologique est donc associée à la notion d'équivalence fonctionnelle : à utilisation équivalente, statut juridique équivalent.

Les mêmes considèrent que la circonstance que des ayants droits aient consenti contractuellement à la reproduction d'une œuvre ne peut être retenue comme plaidant en faveur d'un rattachement au droit exclusif, dès lors que les reproductions réalisées par synchronisation font l'objet d'un régime d'autorisation légal, qui est celui de l'exception pour copie privée, rendant l'autorisation contractuelle juridiquement inopérante.

Certains relèvent d'autre part que les œuvres musicales pour lesquelles le service de synchronisation est d'ores et déjà proposé n'ont pas connu de variation de prix. Ce maintien d'un prix global laisse entendre que les téléchargements réalisés au-delà du premier ne résulteraient pas d'une exploitation de l'œuvre par le prestataire.

Les mêmes relèvent enfin qu'il existe une certitude quant à la licéité de la source des reproductions réalisées par synchronisation dans ce type de services, puisque cette synchronisation fait suite à un téléchargement légal sur la plateforme considérée. Cette certitude facilite la mise en œuvre d'une rémunération au titre de la copie privée.

Le maniement traditionnel des critères de la copie privée conduit plutôt à privilégier la première approche

La cristallisation de cette divergence de vues a conduit les membres de la commission à se pencher sur, d'une part, l'interprétation française constante selon laquelle il doit y avoir identité de personne entre le copiste et l'utilisateur et, d'autre part, sur le critère de détermination du copiste.

Le « copiste » est traditionnellement entendu comme l'auteur d'une reproduction. La jurisprudence de la Cour de cassation, depuis son arrêt « Rannou-Graphie » du 7 mars 1984, a de façon constante défini le copiste, au sens de l'article 41-2 de la loi du 11 mars 1957, (L.122-5 du CPI) comme « celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la

confection (de copies), exploite ce matériel en le mettant la disposition de ses clients ». C'est à ce titre que les magasins de reprographie doivent s'acquitter d'une rémunération forfaitaire versée aux ayants droit, en contrepartie de l'autorisation reçue pour faire commerce de copies des œuvres.

Dans le cadre des services infonuagiques, cette définition devrait conduire à conférer cette qualité de copiste au prestataire de service (c'est-à-dire le détenteur des serveurs à partir desquels sont réalisées les diverses reproductions de l'œuvre) plutôt qu'à l'utilisateur. Une telle lecture est reprise dans un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris, *Wizzgo c/ Métropole TV* du 14 décembre 2011, dans lequel les juges ont exclu du champ de la copie privée un service gratuit de magnétoscope numérique sur Internet. La solution retenue par la Cour se fonde notamment sur la circonstance que le copiste matériel ou « économique » tire une rétribution des droits de propriété intellectuelle qu'il exploite, même indirectement en percevant un revenu de la publicité sur son site. Cette interprétation conduirait à rattacher, en conformité avec cette interprétation de la notion de copie privée et de copiste, les services de synchronisation infonuagiques au droit exclusif.

Une interprétation différente reposant sur le statut nouveau des services de synchronisation

Certains membres ont toutefois fait observer qu'à la différence des services infonuagiques qui fournissent au consommateur la copie d'une œuvre dont il détient déjà un exemplaire, le service fourni par la société *Wizzgo* avait pour objet de fournir au consommateur une première copie des œuvres diffusées, ce qui justifie que ce service soit analysé juridiquement comme un service de téléchargement traditionnel relevant du droit exclusif.

Ils s'interrogent en outre, d'une part, sur la validité de l'interprétation traditionnelle française de la notion de copie privée qui imposerait que l'utilisateur soit le copiste et, d'autre part, sur le critère de détermination du copiste.

L'interprétation traditionnelle exposée ci-dessus conduit en effet à regarder comme mutuellement exclusives la reconnaissance du statut de copiste à un prestataire de service et l'attribution du statut de copie privée à la reproduction des œuvres réalisées par ce prestataire. Or la jurisprudence « *Rannou-Graphie* » et les décisions juridictionnelles qui ont suivi n'ont procédé à la qualification juridique du service rendu qu'en se plaçant du point de vue du prestataire. Ces décisions n'ont ainsi pas explicitement exclu que les exemplaires d'une œuvre réalisés par ce prestataire puissent être regardés comme des copies privées une fois remis à l'usager. L'interprétation dominante de la jurisprudence « *Rannou-Graphie* » regardant la notion de copie privée comme incompatible avec une dissociation du copiste matériel et du copiste intellectuel peut dès lors être mise en doute.

Si cette interprétation traditionnelle devait être confirmée et appliquée dans le domaine de « l'infonuagique », une partie des membres de la commission estime qu'une évolution serait souhaitable. L'exigence de l'unicité de personne (entre copiste et utilisateur) entre en effet en conflit direct avec la notion de neutralité technologique, notion qui, ayant connu un essor au tournant des années 2010, ne pouvait être prise en compte par la Cour de cassation à l'époque de la jurisprudence « *Rannou-Graphie* ». Selon ces membres, il y aurait donc lieu de faire évoluer la jurisprudence. Les mêmes relativisent d'ailleurs la portée de l'arrêt « *Wizzgo c/ Métropole TV* » précité, en relevant qu'au contraire de la société *Wizzgo*, les prestataires de services de synchronisation via le cloud ne fournissent aux utilisateurs que des copies de fichiers dont ils détiennent déjà un exemplaire.

L'article L.122-5 du CPI dispose qu'entrent dans le champ de l'exception les « *copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». Il est donc à noter que le code de la propriété intellectuelle ne définit pas la notion de copiste et n'impose pas que le copiste et l'utilisateur soit une seule et même personne.

Une reproduction pourrait ainsi être faite par un opérateur exploitant son dispositif technique et commercial (ce qui le soumet au droit exclusif à raison de son activité économique), sans que cela fasse obstacle à ce que la copie faisant l'objet d'un usage strictement personnel et privé puisse relever du régime de l'exception de copie privée.

Cette analyse se justifie d'autant plus, selon ses défenseurs, qu'à la différence de la situation appréhendée dans l'arrêt Rannou-Graphie où une copie unique était réalisée, le fonctionnement des services d'infonuagique conduit à la réalisation de deux copies distinctes : celle réalisée dans la base de données de l'opérateur pour les besoins du fonctionnement du service qui relève normalement de l'exercice du droit exclusif et celle(s) réalisée(s) sur le terminal de l'utilisateur qui peut être appréhendée en copie privée.

Loin d'être exclusives l'une de l'autre, les deux interprétations se concilieraient dès lors en se complétant : il s'agirait de deux phases distinctes du phénomène. La rémunération perçue auprès de l'opérateur par les titulaires de droit exclusif le serait à raison de son activité économique, tandis que la rémunération pour copie privée perçue, le cas échéant, le serait à raison de son usage par l'utilisateur. Ce modèle de double rémunération peut d'ailleurs faire songer à celui appliqué d'une part aux radiodiffuseurs, lesquels sont soumis au droit exclusif et s'acquittent d'une rémunération à ce titre, et d'autre part aux particuliers effectuant une copie de l'œuvre diffusée sur un enregistreur et s'acquittant pour leur part de la rémunération pour copie privée⁸.

Au niveau européen, un même débat se présente quant à la possibilité juridique de faire entrer les services de synchronisation avec le « cloud » dans le champ de l'exception de copie privée.

La directive DADVSI du 22 mai 2001 intègre explicitement la notion de commercialisation dans son article 5, qui définit le cadre européen de l'exception de copie privée : « *Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants: (...) b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés* ». Si ce critère d'exploitation non commerciale peut être interprété comme s'appréciant au niveau du copiste (celui qui réalise la copie le fait-il contre rémunération ?), il serait possible de le lire comme se rapportant à l'usage fait, par l'utilisateur, de la copie réalisée (la reproduction de l'œuvre va-t-elle faire l'objet d'une exploitation commerciale ?).

⁸ Il n'est d'ailleurs pas indifférent de relever que si le prestataire infonuagique intervient dans le processus, la reproduction est cependant bien effectuée avec, sur et dans le terminal de l'utilisateur. L'acte de reproduction, au sens du CPI – c'est à dire la fixation d'une œuvre sur un support – est ainsi réalisée sur le matériel de l'utilisateur. Il en est ainsi en radiodiffusion comme en infonuagique, l'acte de reproduction est à considérer là où il est juridiquement réalisé, c'est-à-dire dans le terminal de réception.

Dans son arrêt « Padawan c. SGAE », rendu le 21 octobre 2010 (aff. C-467/08), la Cour de Justice de l'Union européenne a procédé, selon certains commentateurs, à un maniement du critère commercial conforme à cette seconde lecture. Dans cet arrêt, la Cour relève en effet que « l'activité des redevables (de la rémunération pour copie privée), à savoir la mise à la disposition des utilisateurs privés d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction, ou le service de reproduction qu'ils rendent, constitue la prémisse factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent obtenir des copies privées » (considérant n°48). De même, le considérant n°50 fait référence à un service de reproduction à des fins privées.

Dans cette perspective, les tenants de l'approche duale considèrent que ce n'est plus l'acte de reproduction qui est qualifié de « copie privée » mais bien l'exemplaire copié, qui résulterait de cet acte. Indépendamment des moyens utilisés pour la réaliser, une copie aurait donc le statut de copie privée dès lors qu'elle est confiée à un utilisateur préalablement en possession d'un exemplaire de l'œuvre et qui réserve cette copie à un usage privé, c'est-à-dire non commercial.

Si cette lecture devait être confirmée par la CJUE, les termes de l'article 5 de la directive ne seraient plus analysés comme un obstacle à ce que l'utilisateur final soit regardé comme le copiste ou à tout le moins comme le bénéficiaire d'une copie privée.

Si toutefois la jurisprudence nationale et européenne ne devait pas confirmer clairement l'analyse ainsi présentée, les membres de la commission qui font de la neutralité technologique une priorité préconisent une évolution législative permettant de faire entrer dans le champ de la copie privée les copies de synchronisation liées à un achat réalisé dans un système infonuagique.

L'on doit toutefois s'interroger sur la possibilité pour la France d'adopter une définition propre de la notion de copiste ou au contraire sur l'obligation d'adopter une interprétation européenne unique.

La Cour de justice a en effet rappelé, dans l'arrêt Padawan, à propos du concept de compensation équitable que, selon une jurisprudence constante, « *il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité, que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte, de la disposition et de l'objectif poursuivis par la réglementation en cause* » (considérant n°32).

La Cour de justice rappelle (considérant n°35) à cet égard que la Directive 2001/29 vise à harmoniser certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ainsi qu'à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur, résultant de la diversité des législations des Etats membres.

Or, s'agissant du Cloud, l'adoption de définitions divergentes conduirait à des situations différentes selon les Etats où sont situés l'utilisateur et le prestataire, notamment en ce que l'une des parties pourrait bénéficier de l'exception tandis que l'autre commettrait une infraction. On peut certes observer qu'une telle situation ne serait pas véritablement nouvelle eu égard au fait que l'exception de copie privée n'est pas aujourd'hui généralisée à l'ensemble des Etats de

l'Union européenne et à l'absence, sur de nombreux points, d'harmonisation des législations des Etats membres relatives au régime de la compensation équitable.

Une opinion contraire affirmée par les représentants des producteurs audiovisuels

Tous les membres de la commission ne se rallient néanmoins pas à la mise en cause de l'interprétation traditionnelle française de la notion de copie privée. Les producteurs cinématographiques et audiovisuels notamment (contrairement aux sociétés d'auteurs), en cohérence avec les éléments indiqués au point 3.2.1, estiment qu'il s'agirait d'une évolution des périmètres du droit exclusif et de ses exceptions sans qu'il existe aujourd'hui de raison juridique ou pratique suffisante pour la justifier.

Ces membres considèrent que les actes de téléchargements consistent en la mise à disposition d'une œuvre, que ce soit à fin de reproduction ou de représentation, et relèvent par définition du droit exclusif d'exploitation. Ils soulignent que c'est ce principe structurant que l'interprétation traditionnelle du droit positif préserve et que des considérations de neutralité technologique ne sauraient y faire échec. La notion d'utilisation équivalente est ainsi contestée par ces membres, qui la jugent trop floue, et qui considèrent qu'elle aboutirait en l'espèce à qualifier de façon différente sur le plan juridique des actes qui sont pourtant tous identiques d'un point de vue technique (en l'espèce le téléchargement « initial » relevant de la vente et les téléchargements « subséquents » relevant de la synchronisation des différents appareils), ce qui irait finalement à l'encontre de la neutralité technologique alléguée.

Ils défendent en outre l'idée que l'article 5.2.b de la directive DADVSI du 22 mai 2001 fait bel et bien obstacle à ce que l'exception de copie privée s'applique aux reproductions mises en œuvres dans le cadre de services de cloud puisque, d'une part, les copies réalisées dans ce cadre ne le sont pas par une « personne physique » mais par le prestataire, et que, d'autre part, ce dernier entretient une activité commerciale.

De plus, ils indiquent que la thèse selon laquelle « *une copie aurait le statut de copie privée dès lors qu'elle est confiée à un utilisateur en possession d'un exemplaire de l'œuvre* » (cf. supra) n'a pas de fondement juridique. Notamment, elle est contredite par le régime de copie privée applicable aux reproductions réalisées par les téléspectateurs à partir des diffusions télévisuelles d'œuvres, auxquelles ils peuvent avoir accès pour la première fois.

Ces membres soulignent par ailleurs que l'arrêt « Padawan » n'a pas été rendu par la CJUE à propos d'une question préjudicielle relative à l'informatique dans les nuages, qu'il ne vise qu'incidemment la notion de « services de copie privée », et que, partant, il ne doit pas être interprété à l'excès.

Ils soulignent qu'à l'inverse, le droit positif conduit à soumettre l'application de l'exception pour copie privée au « test en trois étapes », institué par la Convention de Berne et adopté par l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, qui réserve l'exercice des exceptions aux droits d'auteurs et voisins à des cas spéciaux, ne portant pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et n'occasionnant pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Ils font enfin valoir que les services d'infonuagique ici étudiés peuvent parfaitement être intégralement appréhendés via les droits exclusifs, et que dissocier la copie de l'acte de reproduction qui lui donne naissance pour ne plus apprécier l'exception de copie privée qu'à

l'aune de l'usage (privé) qui serait fait ultérieurement de la copie, en remettant ce faisant en cause la jurisprudence « Rannou Graphie », aurait pour conséquence de faire basculer dans le périmètre de cette exception une série d'opérations et d'actes commerciaux qui relèvent aujourd'hui intégralement des droits exclusifs, ce qui n'est pas souhaitable, car tant la capacité des producteurs à négocier pleinement leurs autorisations que celle des titulaires de droits à lutter contre certains actes de contrefaçon numérique seraient alors remis en cause.

3.3 Sur la qualification juridique des services de casier personnel

Les opérations mises en œuvre par les services de « casier personnel » se rapprochent de celles constatées dans les services de synchronisation adossés à une vente décrits ci-dessus : stockage, accès et délivrance de reproductions par le prestataire, à l'initiative de l'utilisateur (le copiste matériel et l'utilisateur demeurant distincts). En conséquence, la réflexion développée par les producteurs de l'audiovisuel au point 3.2.1 trouve, selon ces producteurs, à s'appliquer aux services de casier personnel, dont ils soulignent au demeurant qu'ils offrent déjà, pour la plupart, des fonctionnalités de partage de fichiers.

Les autres membres de la commission constatent toutefois que la situation du « casier personnel » ne peut être purement et simplement assimilée au service de synchronisation lié à un achat.

Dans le cadre de tels services, la similitude d'usage avec un disque dur local est manifeste : l'utilisateur peut sauvegarder n'importe quel fichier dans l'espace qui lui est dévolu dans les nuages, les œuvres protégées pouvant en effet avoir d'autres origines que le catalogue du prestataire.

Pour autant, les serveurs de stockage étant opérés par le prestataire et demeurant chez ce dernier, c'est bien lui qui a la maîtrise et la garde du matériel de reproduction. A interprétation constante de la règle de droit, il ne pourrait donc y avoir une place pour la copie privée dans pareille configuration technique.

En outre, l'application de l'exception de copie privée, fût-elle envisagée, ne pourrait être appliquée que sous réserve de la validation du « test en trois étapes » auxquelles est subordonnée l'application de l'exception de copie privée.

Là encore toutefois, certains ayants droit, notamment parmi les représentants du secteur musical, ont estimé qu'il y avait lieu d'inscrire ces services dans le périmètre de l'exception pour copie privée afin de ne pas remettre en cause la neutralité technologique.

La commission relève néanmoins que ce régime ne saurait juridiquement s'appliquer lorsque le service est utilisé pour réaliser des copies de fichiers illicites (en cohérence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat « Simavelec » du 11 juillet 2008 et la loi du 20 décembre 2011) ou permet un partage de fichiers en dehors du cercle de famille.

La question du statut des prestataires de services

Le cas des purs services de « casier » présente la spécificité juridique, par rapport aux services de synchronisation dans les nuages, de soulever la question du statut des prestataires et plus précisément de la possibilité, pour eux, de revendiquer le régime de responsabilité atténuée des hébergeurs.

Il est précisé d'emblée que, dans l'analyse qui soumet les services de casier personnel à l'exception de copie privée, il semble difficile d'engager la responsabilité du prestataire dès lors que la copie relève d'un régime de permission légale. Le problème du statut du prestataire ne se pose alors, dans cette analyse, que pour les copies de source illicite qui, depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2008, ne relèvent pas du cadre de l'exception pour copie privée.

Les hébergeurs sont définis par l'article 6.1.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁹ (LCEN) comme « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». Le considérant n°42 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹⁰ prévoit en outre que le prestataire hébergeur « n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées » et que son activité revêt un caractère purement « technique, automatique et passif ».

Cette définition est fondamentale en matière de lutte contre la contrefaçon puisque l'hébergeur bénéficie d'un régime de responsabilité civile et pénale atténuée à l'égard des contenus qu'il héberge, au lieu d'être réputé pleinement responsable de ce qui est mis en ligne. Les hébergeurs ne peuvent ainsi « voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si (ils) n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où (ils) en ont eu cette connaissance, (ils) ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (régime défini par la loi pour la confiance dans l'économie numérique).

En conséquence, l'applicabilité de ce régime présente un enjeu de qualification juridique des services eux-mêmes, l'exercice du droit exclusif préalable étant impossible à l'égard de prestataires se limitant à stocker et reproduire des fichiers dont il ne leur est pas imposé de contrôler la nature et le contenu.

Certains ayants droit relèvent que la condition de « mise à disposition du public » de contenus prévue, pour la définition de l'hébergeur, par la LCEN, fait obstacle à ce que l'on reconnaisse cette qualité aux prestataires proposant du pur stockage, sans mise à disposition possible des fichiers (via par exemple une fonctionnalité de partage avec d'autres utilisateurs). Cette condition s'accompagne de la possibilité, prévue à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, d'engager la responsabilité de l'hébergeur en portant à sa connaissance une activité illicite¹¹ (dispositif qui sous-tend le régime dit de « notification et retrait »). Or cette possibilité ne peut, par définition, être mise en œuvre par les tiers si les contenus hébergés ne sont pas mis à disposition du public.

A cet égard, d'autres membres de la commission considèrent que s'il y a en tout état de cause mise à disposition d'œuvres ou d'objets protégés auprès d'une catégorie de public (même si ce public n'est composé que d'un utilisateur), l'accès conditionnel mis en œuvre par les prestataires de cloud fait obstacle à ce qu'ils bénéficient du statut d'hébergeur dès lors que ce

⁹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

¹⁰ 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")

¹¹ Et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente.

statut est intrinsèquement lié à la faculté pour les ayants droit de porter à la connaissance du prestataire l'existence d'actes illicites.

Certains relèvent toutefois le paradoxe consistant à reconnaître le statut d'hébergeur à des prestataires qui interviennent dans le fonctionnement de services plus sophistiqués dont l'objet consiste en la mise à disposition de contenus au public et non lorsque les contenus sont mis uniquement à disposition d'une seule personne pour son usage privé (un degré supérieur d'intervention du prestataire devant plutôt, dans l'esprit de la loi, le rapprocher du statut d'éditeur).

Par ailleurs, certains ayants droits font valoir que les termes de la LCEN doivent être interprétés en regard des directives qu'elle a transposées et que la condition de mise à disposition du public de la LCEN ne figure pas explicitement dans les directives définissant le statut de l'hébergeur en droit de l'Union.

Si la commission n'a ainsi pu aboutir à un consensus sur cette question du statut du prestataire, les ayants droit s'accordent toutefois sur le fait qu'il n'est pas souhaitable d'aller vers un élargissement de la définition de l'hébergeur, qui présente un risque de déresponsabilisation des prestataires.

3.4 Sur la qualification juridique des services d'identification et recherche d'équivalent (« scan and match »)

Cette dernière catégorie de services présente des fonctionnalités hybrides, qui rendent plus complexe le travail de qualification juridique.

La commission constate qu'un tel service combine en général deux éléments : il réserve en effet un sort distinct aux fichiers qui ont été identifiés et appariés, pour lesquels le prestataire est en mesure de fournir un équivalent, habituellement par simple ouverture d'un droit d'accès à sa propre base d'œuvres, et aux fichiers non-appariés, qui doivent faire l'objet d'un téléchargement ascendant sur l'espace alloué à l'utilisateur dans les nuages.

Le cas des fichiers appariés : le fichier différent n'est pas une copie privée

Dans le cas où le fichier présent sur l'appareil de l'utilisateur a pu être identifié et apparié avec un fichier présent dans la base d'œuvres du prestataire, les tenants de l'approche dite « duale » se sont interrogés sur l'appartenance de cet acte de « substitution » au champ du droit exclusif ou à celui de la copie privée. On pourrait en effet considérer qu'il existe une identité d'effet avec une synchronisation filaire : le service permet *in fine* à l'utilisateur de se voir délivrer des copies d'une œuvre qu'il détient déjà.

Mais la commission relève toutefois une première différence majeure entre ce service et ceux de synchronisation avec le nuage décrits précédemment : le service de « scan and match » ne garantit en effet pas une identité absolue entre le fichier identifié et le fichier équivalent mis à disposition. Au contraire, l'intérêt d'un tel service est renforcé par la possibilité pour l'utilisateur d'obtenir des équivalents des œuvres qu'il détient dans des formats de meilleure qualité ou accompagnés d'éléments qui en enrichissent le contenu, possibilité qui accroît l'intérêt du service pour le consommateur (certains producteurs de phonogrammes estimant d'ailleurs que ces services sont fondamentalement des offres d'amélioration de la qualité des

contenus détenus par le consommateur). En ce cas, le premier exemplaire du fichier apparié fourni à l'utilisateur est considéré comme ne pouvant relever de la copie privée.

Les tenants de l'approche « duale » n'excluent toutefois pas l'application d'un régime de copie privée aux reproductions supplémentaires de ce fichier, obtenues par l'utilisateur à partir de son espace dans les nuages.

Enfin la SACEM considère comme relevant de l'exception de copie privée le premier exemplaire de chacun des fichiers de substitution, lorsque ces fichiers sont strictement identiques au fichier initialement détenu par l'utilisateur.

Le cas des fichiers non-appariés : un service de stockage de contenus, mais dont le prestataire peut difficilement être regardé comme un hébergeur

Lorsque le fichier n'a pas été identifié ou que le prestataire l'a identifié mais a refusé de l'apparier avec un équivalent, il a vocation – en l'état des offres commerciales connues – à être téléchargé sur un espace personnel dans les nuages, espace à partir duquel il pourra être copié pour alimenter les divers terminaux de l'utilisateur. On se rapproche ici des fonctionnalités de stockage pur, puisqu'il existe une garantie que c'est bien le même fichier dont l'utilisateur disposera sur son terminal et dans les nuages. A ce titre, les membres de la commission adoptent la même position pour la qualification juridique de ce service que celle exposée s'agissant des services de synchronisation avec les nuages : si, pour certains membres, l'identité du copiste matériel et l'application d'un même régime juridique à l'ensemble des actes de téléchargement mis en œuvre par ces services font obstacles font obstacle à l'application de l'exception de copie privée, d'autres remettent en cause cette interprétation et préfèrent une définition du copiste préservant une neutralité technologique.

Les membres se partagent également quant à l'application au fournisseur d'un tel service du régime d'hébergeur. Le processus d'identification au terme duquel le fichier a été téléchargé vers les nuages implique en effet une intervention du prestataire, qui examine à la fois les données et les métadonnées de ce fichier. Aux réserves déjà soulevées quant au critère de mise à disposition, s'en ajoute une nouvelle tenant à ce que le prestataire ne demeure pas « passif » au sens de la directive précitée sur le commerce électronique : le processus d'identification, qui est actif, le rapproche du statut d'éditeur. A l'inverse, le fichier n'est téléchargé que s'il n'est pas identifié : on ne peut donc présumer une connaissance par le prestataire des œuvres qu'il n'a pas su reconnaître.

L'absence de garantie de la licéité des sources

Ainsi qu'il a été dit précédemment, certains membres de la commission sont préoccupés par l'absence de dispositif technique permettant d'éviter qu'un fichier de source illicite puisse être identifié et apparié dans le but de lui substituer un fichier « propre ». Au contraire des services de synchronisation, dont les sources de copie proviennent d'une vente autorisée par les ayants droit et dont la licéité est garantie, tel n'est en effet pas le cas pour les services d'identification et de recherche d'équivalent. Il s'agit là de la deuxième différence majeure avec les services de synchronisation associés à un service de vente.

A cet égard, une précision s'impose quant au statut juridique des équivalents mis à disposition par le prestataire lorsque l'original identifié est de source illicite. Un consensus se dégage au sein de la commission pour considérer que la fraude initiale consistant à utiliser le service

avec des fichiers illicites « corrompt » l'ensemble des opérations suivantes. Les fichiers équivalents que télécharge le fraudeur à partir des nuages ne pourraient ainsi être regardés comme des fichiers acquis légalement. On ne peut dès lors parler stricto sensu de « blanchiment » des œuvres. Cette position est notamment fondée contractuellement : puisque les conditions générales du service proscrivent la substitution de fichiers illicites, l'utilisateur ne peut être regardé comme ayant légalement obtenu les équivalents qui sont mis à sa disposition. Il n'en reste pas moins que cette illégalité peut difficilement être sanctionnée puisqu'il est complexe, voire impossible, de distinguer les fichiers équivalents mis à disposition en substitution de fichiers licites de ceux mis à disposition en substitution de fichiers illicites. En d'autres termes, si le principe juridique garde toute sa valeur, sa portée pratique est douteuse. Une telle situation peut être regardée comme de nature à inciter à une fraude importante, aux conséquences regrettables pour le respect de la PLA et l'économie de la création.

Composition de la commission « informatique dans les nuages »

Membres du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Édouard BARREIRO – UFC-Que choisir

Marie-Paule BIOSSE-DUPLAN – Union des producteurs de film (UPF)

Xavier BLANC – Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)

Thomas BOUE – Business software alliance (BSA)

Olivier BRILLANCEAU – Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)

Jean-Frank CAVANAGH – Groupement français de l'industrie de l'information (GFII)

Karine COLIN – Société civile des producteurs de phonogramme en France (SPPF)

Sylvie COURBARIEN – France Télévisions

Emmanuel DE RENGERVE – Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)

Thierry DESURMONT – Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

François ELIE – Association des développeurs et utilisateurs des logiciels libres pour les administrations et collectivités locales (ADUCLACT)

David EL SAYEGH – Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Caroline FAGET – Chambre syndicale de l'édition musicale (CSDEM)

Isabelle FELDMAN – Société pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)

Marie-Anne FERRY-FALL – Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Pascaline GINESTE – Canal +

Philippine GIRARD-LEDUC – Chambre syndicale des éditeurs de musique de France (CEMF)

Frédéric GOLDSMITH – Association des producteurs de cinéma (APC)

Marc GUEZ – Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP)

Bernard LANG – Association francophone des utilisateurs de logiciels libres (AFUL)

Guillaume MONNET – Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE)

Marc MOSSÉ – Business software alliance (BSA)

Dominique PANKRATOFF – Union nationale des auteurs et compositeurs (UNAC)

Juliette PRISSARD-ELTEJAYE – Syndicat des producteurs indépendants (SPI)

Christiane RAMONBORDES – Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Jérôme ROGER – Union des producteurs phonographiques français indépendants (UPFI)

Hervé RONY – Société civile des auteurs multimédia (SCAM)

Benoît TABAKA – Association de l'économie numérique (ACSEL)

Hubert TILLIET – Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Idzard VAN DER PUYL – Société des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)

Lore VIALLE-TOURAILLE – Syndicat national de l'édition (SNE)

Personnalités extérieures au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Wally BADAROU – Union nationale des auteurs et compositeurs (UNAC)

Nolwenn BESCHER – Syndicat des producteurs indépendants (SPI)

Thomas BOUÉ – Business software alliance (BSA)

Jean-Marie DANJOU – Fédération française des télécoms (FFTélécoms)

Adrien DANNEYROLLES – Syndicat des producteurs indépendants (SPI)

Agnès DEFAUX – Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF)

Maxence DEMERLÉ – Syndicat de l'industrie des technologies de l'information (SFIB)

Isabelle DEROME – France Télévisions

Marie DE VIVIÉS – France Télécom

Séverine FAUTRELLE – Canal +

David GROSZ – Fédération française des télécoms (FFTélécoms) et France Télécom

Raynald HENRY – France Télécom

Alexandre LASCH – Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Quang-Minh LEPESCHEUX – Business software alliance (BSA)

Jean-Sébastien MARIEZ – Business software alliance (BSA)

Emmanuel PARET – Bouygues Télécom

Florence-Marie PIRIOU – Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA)

Christophe STENER – Stenerconsulting

Administrations

David POUCHARD – Ministère de la culture et de la communication

Chantal RUBIN – Ministère de l'économie et des finances

Sarah JACQUIER – Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)

Lætitia FACON – Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC)

Christelle FOUCAULT – Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC)