Rapport final AGUR12
du 28 novembre 2013

Table des matières

Table des matières		2
Introduction		6
1.	Mandat	8
2.	Situation actuelle	10
2.1.	Modèles commerciaux	10
2.1.1.	Producteurs	11
2.1.1.1.	Industrie cinématographique	11
2.1.1.2.	Marché du livre (maisons d'édition et librairies)	13
2.1.1.2.1.	Production : le rôle des maisons d'édition professionnelles	14
2.1.1.2.2.	Offre	14
2.1.1.2.3.	Coûts et recettes	15
2.1.1.2.4.	Agrégation de nouvelles	16
2.1.1.3.	Journalisme et presse	17
2.1.1.4.	Producteurs de phonogrammes (« labels de musique »)	17
2.1.1.4.1.	Notion et fonctions	17
2.1.1.4.2.	Production de phonogrammes	18
2.1.1.4.3.	Gestion	20
2.1.1.4.4.	Evolution récente	21
2.1.2.	Sociétés de gestion en Suisse	23
2.1.2.1.	Activités des sociétés de gestion soumises à surveillance	24
2.1.2.2.	Activités des sociétés de gestion non soumises à surveillance	26
2.2.	Champs de tensions	27
2.3.	Chiffres	29
2.4.	Contexte juridique	32
2.4.1.	Justification du droit d'auteur	32
2.4.2.	Impératifs en matière de droits de l'homme	33
2.4.3.	Droit d'auteur et Internet	34
2.4.3.1.	Rétrospective	34
2.4.3.2.	Révision partielle de la loi sur le droit d'auteur	35
2.4.3.3.	Application des droits dans l'environnement numérique	36
2.4.4.	Prise de position du représentant américain au commerce	37
2.4.5.	Réglementation de la gestion collective	37
2.4.5.1.	Contrôle sur la gestion administrative	38
2.4.5.2.	Contrôle sur les tarifs	39
2.4.5.3.	Problèmes posés par la procédure judiciaire d'approbation des tarifs	40
2.4.6.	Critique à l'encontre du droit d'auteur	41
3.	Revendications	42
4.	Développements au niveau international	65
4.1.	L'adaptation du catalogue des droits	65
4.2.	L'application des droits	66

4.3.	Les restrictions du droit d'auteur	66
5.	Développements au sein de l'Union européenne	67
6.	Développements aux Etats-Unis	72
7.	Objectifs	74
8.	Critères de sélection	75
9.	Propositions du groupe de travail AGUR12	75
9.1.	Information	75
9.2.	Efficacité et transparence des sociétés de gestion	76
9.2.1.	Développement de la gestion électronique	76
9.2.2.	Simplification du paysage tarifaire	76
9.2.3.	Simplification de la procédure d'approbation des tarifs	76
9.2.4.	Pas de limitation légale des frais administratifs	77
9.3.	Mesures visant une meilleure application des droits d'auteur	77
9.3.1.	Réglementation juridique du téléchargement à partir de sources illégales	77
9.3.2.	Suppression de contenus enfreignant le droit d'auteur (*take down*)	77
9.3.3.	Empêcher la réintroduction sur les serveurs (*stay down*)	77
9.3.4.	Blocage par les fournisseurs d'accès à Internet	78
9.3.5.	Traitement des données	79
9.3.6.	Messages d'information	79
9.3.7.	Poursuites civiles et pénales	79
9.3.8.	Exonération de la responsabilité des fournisseurs	80
9.4.	Adaptation des restrictions du droit d'auteur	81
9.4.1.	Généralités	81
9.4.2.	Exception en faveur des inventaires (projet de disposition et explications)	81
9.4.2.1.	Projet de disposition	81
9.4.2.2.	Explications	82
9.4.3.	Redevance pour la copie privée et double paiement	83
9.5.	Autres recommandations	83
9.5.1.	Pas de rémunération générale sous forme de forfait	83
Annexe		85
1	Prises de position de divers membres de l'AGUR12	85
2	Mandat	85
2.1	Mandat du groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12)	85
2.2	Interventions parlementaires dont il faut tenir compte :	85
2.2.1	Po. 12.3326 Recordon « Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes »	85
2.2.2	Po. 12.3289 Malama « Atteintes à la personnalité sur Internet »	85
2.2.3	Ip. 12.3092 Mörgeli « Gestion collective des droits d'auteur »	85
2.2.4	Po. 12.3173 Glättli « Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet »	85

2.2.5 Mo. 10.3612 Pfister « Modifier la loi sur le droit d'auteur pour alléger la charge pesant sur la formation » 85
2.2.6 Ip. 09.3802 Fluri « Protection de la propriété intellectuelle sur Internet » 85
2.2.7 Iv. pa. 09.522 Leutenegger Oberholzer « Salaires excessifs versés dans les sociétés de gestion. Compléter la loi sur le droit d'auteur » 85
2.2.8 Mo. 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit » 85
2.2.9 Mo. 07.3758 Leutenegger Oberholzer « Art. 60 LDA. Redevance sur les supports vierges » 85
2.2.10 Po. 07.3734 Leutenegger Oberholzer « Droit d'auteur. Sociétés de gestion et amélioration de la transparence » 85
2.3 Rapports dont il faut tenir compte : 85
2.3.1 Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary 85
2.3.2 Rapport du Conseil fédéral relatif au classement de la motion 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit » 85
3 Interventions parlementaires que l'AGUR12 devait intégrer dans ses réflexions: 86
3.1 Mo. 12.3834 Freysinger « Protection du droit d'auteur » 86
3.2 Mo. 13.3215 Riklin « Responsabilité juridique des fournisseurs Internet » 86
3.3 Po. 12.4238 Fluri « Utilisation d'offres illégales sur Internet. Impact sur l'économie » 86
3.4 Ip. 12.4202 Stöckli « Swisscom. Gestion des contenus protégés par les droits d'auteur » 86
3.5 Ip. 12.3902 Fluri « La Suisse, paradis du téléchargement illégal ? » 86
3.6 Iv. pa 13.404 du Groupe libéral-radical « Stop à la taxe injuste sur les supports vierges » 86
4 Invitation de la cheffe du Département du 8 août 2012 86
5 Liste des adresses des membres de l'AGUR12 86
6 Milieux intéressés ayant exprimé leur avis 86
6.1 Avis de Christoph Schütz : « Urheberrecht und Fotografie : Positionspapier anlässlich der anstehenden URG-Revision » 86
6.2 Présentation de Simon Osterwalder : « Ausgangslage für ISP (Access Service Provider) bei der Rechtsdurchsetzung in ihrer Stellung zwischen Konsument und Rechteinhaber » 86
6.3 Présentation d'Anna Mäder-Garamvölgyi : « Catch-up-TV: Was bieten die Internet-TVs ? » 86
6.4 Avis de la SRG SSR : « Vorschlag für einen neuen Art. 19 Abs. 3ter URG » 86
6.5 Présentation de Dominik Rubli : « Privatkopie beim zeitversetzten Fernsehen: Bestand und Durchsetzung der Schranke » 86
6.6 Expertise de Florent Thouvenin : « Urheberrechtliche Beurteilung von 'Catch-up TV' » 86
6.7 Présentation de Simon Osterwalder : « Antworten auf Forderungen der Rechteinhaber » 86
6.8 Avis de Google : « Stellungnahme zum Positions- und Diskussionspapier zur Verbesserung des urheberrechtlichen Schutzes für Medienverlage des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN » 86
6.9 Avis de l'association Bibliothèque Information Suisse (BIS) : « Positionen zum Thema 'Urheberrechtsschranken' » 87

6.10 Avis de l’Association des archivistes suisses (VSA-AAS) sur le thème des restrictions du droit d’auteur 87
7 Comptes rendus des séances de l’AGUR12 87

Introduction

En août 2011, le Conseil fédéral a publié son rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary. Il y souligne l'importance de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence. Par la suite et en raison de toute une série d'interventions parlementaires portant sur le droit d'auteur, sur la gestion collective des droits et sur les sociétés de gestion, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a institué, à l'été 2012, un groupe de travail, l'AGUR12 (pour *Arbeitsgruppe zum Urheberrecht*), composé de six représentants des artistes, de trois représentants des producteurs, de trois représentants des utilisateurs, de trois représentants des consommateurs et de trois représentants de l'administration. Elle a confié la direction à M. Roland Grossenbacher, directeur de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI).

Les organisations suivantes ont été invitées à proposer des membres pour le groupe de travail AGUR12. Du côté des artistes : Suisseculture; du côté des producteurs : AudioVision Suisse, Swiss Film Producers' Association, le Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband (SBVV) et l'Association MEDIAS SUISSES; du côté des utilisateurs : la Fédération des utilisateurs de droits d'auteurs et voisins (DUN), economiesuisse et l'Union suisse des arts et métiers (USAM); du côté des consommateurs : la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS), le Konsumentenforum kf, la Fédération Romande des Consommateurs (FRC) et l'Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana (ACSI).

Sur proposition de ces organisations, les personnes suivantes ont collaboré dans l'AGUR12 en qualité de membre ou de remplaçant :

Pour les artistes : Hans Läubli (Suisseculture), Andreas Wegelin (Suisa), Nicole Pfister Fetz (Association des Autrices et Auteurs de Suisse (AdS), Denis Rabaglia (Suisseculture), Johanna Lier (Suisseculture), Ernst Brem (Coopérative suisse des artistes interprètes SIG), Christoph Trummer (Musikschaffende Schweiz), Urs Dickerhof (Visarte Suisse), Dominique Diserens (impressum), Regine Helbling (Visarte Suisse), Dieter Meier (Suissimage), Vincent Salvadé (Suisa).

Pour les producteurs : Markus Naef (AudioVision Suisse), Lorenz Haas (AudioVision Suisse), Dani Landolf (SBVV), Thomas Tribolet (Advocomplex), Jacques Scherrer (Association Suisse des Diffuseurs, Editeurs et Libraires ASDEL), Urs F. Meyer (Association MEDIAS SUISSES), Martin Ettlinger (Association MEDIAS SUISSES).

Pour les utilisateurs : Sandra Spieser (economiesuisse), Erich Herzog (economiesuisse), Dieter Kläy (USAM), Peter Mosimann (DUN), Claudia Bolla-Vincenz (DUN), Nicole Emmenegger (DUN).

Pour les consommateurs : Janine Jakob (SKS), Michel Rudin (kf), Florence Bettschart (FRC).

Pour l'administration : Yves Fischer (OFC), Daniel Zimmermann (OFC), Franz Zeller (OFCOM), Samuel Mumenthaler (OFCOM), Karin Büchel (SECO) et Hervé Lohr (SECO). Les représentants de l'administration avaient, en tant que membres, le droit de voter. Ils ont participé à la discussion et à la formulation du rapport en faisant profiter le groupe de leurs connaissances de spécialiste et connaître leur point de vue. Ils se sont toutefois systématiquement abstenus lors des votes et n'ont pas souhaité formuler de prise de position en annexe.

Le groupe de travail a tenu douze réunions d'une journée. Jusqu'à l'été 2013, les séances étaient dédiées aux thèmes suivants : les bases, l'application des droits, les restrictions du droit d'auteur, la gestion collective et des questions spécifiques. Au terme de chacune des réunions, un bref compte rendu des discussions et de leurs résultats a été publié. A l'automne 2013, l'AGUR12 s'est consacré à la recherche de compromis transversaux et à la rédaction du rapport final en se basant sur les travaux préliminaires de sa commission de rédaction et du secrétariat. Dans le cadre de ses travaux, il a également auditionné les experts suivants : Simon Osterwalder (IG ISP), Adriano Viganò (SAFE), Andreas Flütsch (upc cablecom), Patrick Dehmer (Swisscom), Dominik Rubli (IG ISP / Swissstream), Michel Jaccard (id est avocats), Tobias Bolliger (KOBIK), Anna Mäder-Garamvölgyi (SRG SSR), Florent Thouvenin (HSG), Daniel Schönberger (Google) et Christoph Schütz.

Malgré des divergences de vue manifestes, et parfois même fondamentales, les discussions du groupe de travail se sont déroulées dans une atmosphère constructive et empreinte de compréhension pour les préoccupations des différents partenaires. Les utilisateurs ont regretté toutefois que les fournisseurs de services Internet n'aient pas été directement impliqués dans les discussions en tant que représentants, mais qu'ils aient été uniquement auditionnés en tant qu'experts. De leur point de vue, cela aurait contribué à un meilleur équilibre. **Toutes les revendications des membres de l'AGUR12 et leurs diverses appréciations sont présentées au chapitre 3 sous forme de tableau** afin de refléter les intérêts multiples en jeu et le processus de formation de l'opinion au sein du groupe de travail. Durant la deuxième phase des travaux, les membres ont été régulièrement appelés à voter. DUN, economiesuisse, USAM, SKS, kf ont déploré le déséquilibre en termes de proportion dans la représentation des intérêts, qui s'est d'ailleurs traduit dans les résultats de vote. Il s'est de plus révélé que sur de nombreuses questions, une coalition formée des artistes et des producteurs prédominait

nettement. Désireux de voir des solutions aboutir rapidement, l'AGUR12 ne s'est toutefois pas limité à formuler, **au chapitre 9** du présent rapport, des **recommandations** reprenant simplement les revendications ayant recueilli la majorité au sein du groupe de travail. Il s'est plutôt efforcé de proposer un train de mesures compact et susceptible de recevoir un accueil favorable aussi en dehors du groupe de travail. Cette démarche ne signifie cependant pas que les groupes d'intérêts se trouvant derrière les revendications non intégrées aient définitivement renoncé à celles-ci. De plus, tous les membres ont eu la possibilité d'exprimer leur position, que ce soit individuellement ou en collaboration avec d'autres membres (voir annexes).

1. Mandat

Le libellé du mandat confié au groupe de travail AGUR12 est le suivant :

« La conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, cheffe du Département fédéral de justice et police, a invité le 8 août 2012 les associations et unités administratives intéressées à participer à un groupe de travail chargé d'explorer des pistes pour améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12). La direction de ce groupe de travail est assurée par M. Roland Grossenbacher, directeur de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI).

Le mandat du groupe de travail est de mettre en lumière, d'ici à la fin de 2013, des possibilités d'adapter le droit d'auteur à l'état actuel de la technique. A cette fin, il est chargé d'une série de tâches concrètes : développer des modèles de gestion en phase avec les utilisations actuelles d'œuvres sur Internet; identifier et éliminer des restrictions d'utilisation involontaires et des entraves non souhaitées à la concurrence tout en assurant une rémunération appropriée pour l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur; procéder à une analyse approfondie des modalités de la gestion collective afin d'identifier des moyens permettant d'en accroître l'efficience et d'en réduire les coûts, moyennant notamment la définition de mesures à court terme; déterminer les possibilités offertes par les outils existant dans le droit en matière de surveillance et, en particulier, par une mise en œuvre de ces outils adaptée à la pratique dans ce domaine; vérifier si, sur certains points, des adaptations de lois s'imposent en matière de droit d'auteur et, le cas échéant, présenter des propositions de modification susceptibles de recueillir un consensus; examiner de manière approfondie la manière dont les intérêts respectifs des acteurs du domaine sont représentés dans la législation en matière de droit d'auteur et formuler des recommandations pour une éventuelle adaptation du modèle en vigueur.

Dans ses travaux, le groupe de travail sur le droit d'auteur tient compte des interventions parlementaires et des rapports suivants : po. 12.3326 Recordon « Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes », po. 12.3289 Malama « Atteintes à la

personnalité sur Internet », ip. 12.3092 Mörgeli « Gestion collective des droits d'auteur », po. 12.3173 Glättli « Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet », mo. 10.3612 Pfister « Modifier la loi sur le droit d'auteur pour alléger la charge pesant sur la formation », ip. 09.3802 Fluri « Protection de la propriété intellectuelle sur Internet », iv. pa. 09.522 Leutenegger Oberholzer « Salaires excessifs versés dans les sociétés de gestion. Compléter la loi sur le droit d'auteur », mo. 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit », mo. 07.3758 Leutenegger Oberholzer « Art. 60 LDA. Redevance sur les supports vierges », po. 07.3734 Leutenegger Oberholzer « Droit d'auteur. Sociétés de gestion et amélioration de la transparence », rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary et rapport du Conseil fédéral relatif au classement de la motion 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit ». »

A l'occasion de la première rencontre du groupe de l'AGUR12, la cheffe du Département a explicité le mandat aux membres.

L'AGUR12 a déduit du mandat et des explications reçues la mission suivante :

1.1. Identifier et éliminer des restrictions d'utilisation involontaires et des entraves non souhaitées à la concurrence.

1.2. Examiner l'efficacité des restrictions du droit d'auteur, en tenant notamment compte de la motion 10.3612 Pfister « Modifier la loi sur le droit d'auteur pour alléger la charge pesant sur la formation ».

1.3. Assurer une rémunération équitable pour l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur, en tenant compte des postulats 12.3326 Recordon « Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes » et 12.3173 Glättli « Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet ».

1.4. Mettre en évidence des mesures envisageables pour améliorer l'application des droits d'auteur dans l'environnement numérique et pour lutter contre les offres illégales, en tenant notamment compte du postulat 12.3289 Malama « Atteintes à la personnalité sur Internet », de l'interpellation 09.3802 Fluri « Protection de la propriété intellectuelle sur Internet » et du rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary.

1.5. Développer des modèles de gestion en phase avec les utilisations actuelles d'œuvres sur Internet et analyser les modalités de la gestion collective afin d'identifier des moyens d'en accroître l'efficience et d'en réduire les coûts en tenant notamment compte de l'interpellation 12.3092 Mörgeli « Gestion collective des droits d'auteur », de l'initiative

parlementaire 09.522 Leutenegger Oberholzer « Salaires excessifs versés dans les sociétés de gestion. Compléter la loi sur le droit d'auteur », de la motion 08.3589 Stadler « Droit d'auteur. Moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit », du postulat 07.3734 Leutenegger Oberholzer « Droit d'auteur. Sociétés de gestion et amélioration de la transparence » et du rapport du Conseil fédéral relatif au classement de la motion 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit ».

1.6. Analyser le potentiel d'une harmonisation internationale.

1.7. Déterminer les possibilités offertes par les outils inhérents à la surveillance et par une mise en œuvre adaptée de ces outils à la pratique dans le domaine de la gestion collective.

1.8. Vérifier si, sur certains points, il convient d'adapter la loi sur le droit d'auteur et, le cas échéant, présenter des propositions de modification susceptibles de recueillir un consensus.

1.9. Analyser l'équilibre des intérêts que sous-tend la loi sur le droit d'auteur et formuler des recommandations en vue d'une éventuelle réglementation.

Le groupe de travail AGUR12 a également intégré les interventions parlementaires suivantes dans ses réflexions : les motions 12.3834 Freysinger « Protection du droit d'auteur » et 13.3215 Riklin « Régler la responsabilité des fournisseurs de prestations Internet », le postulat 12.4238 Fluri « Utilisation d'offres illégales sur Internet. Impact sur l'économie », les interpellations 12.4202 Stöckli « Swisscom. Gestion des contenus protégés par les droits d'auteur » et 12.3902 Fluri « La Suisse, paradis du téléchargement illégal » et l'initiative parlementaire 13.404 du Groupe libéral-radical « Stop à la taxe injuste sur les supports vierges ».

2. Situation actuelle

2.1. Modèles commerciaux

Les modèles commerciaux des producteurs de diverses branches et des sociétés de gestion sont présentés ci-après de leur point de vue. Divers membres de l'AGUR12 considèrent que la présentation du présent chapitre est incomplète.[1] Le groupe de travail s'accorde à dire que l'évolution technologique récente n'est pas uniquement une source de problèmes, mais qu'elle a aussi créé de nouvelles possibilités.

[1] *Economiesuisse, USAM, DUN, kf, SKS, FRC.*

2.1.1. Producteurs

2.1.1.1. Industrie cinématographique

La création d'une œuvre filmique est très onéreuse et fait appel à une multitude d'intervenants. La question du financement/refinancement joue donc un rôle très important. Il est dès lors indispensable, sur le plan de l'exploitation, à savoir la location et la distribution de films, qu'un marché (dans notre cas de figure la Suisse) permette de développer une structure lucrative allant de la production à la distribution et à la commercialisation.

Dans l'industrie cinématographique, on retrouve les modèles habituels de financement, lesquels se déclinent autour du financement externe classique assuré par des tiers (banques, *private equity*, etc.) et le financement par des fonds propres, en passant par la promotion du cinéma le plus souvent par des institutions étatiques par le biais de subventions, de prêts ou autres. L'objectif de chacune de ces formes, à l'exception éventuellement des subventions/aides et des allègements d'impôts, est de dégager des recettes tirées de l'exploitation.

Le secteur du cinéma est confronté à des risques très élevés. En effet, le succès d'un film est fonction de divers facteurs, notamment exogènes, qui échappent donc à toute emprise (situation économique, saisonnalité, météo, etc.). C'est pourquoi il est nécessaire d'aménager des conditions-cadres (juridiques) favorisant une exploitation des films axée sur les bénéfices puisqu'il faut pouvoir assurer le financement croisé d'éventuels flops ayant occasionné des frais de production substantiels par le biais des profits réalisés sur d'autres productions.

L'industrie cinématographique est en constante évolution. La chaîne d'exploitation, par exemple, a été adaptée plusieurs fois ces dernières années aux modifications des conditions de la demande des consommateurs.

BD = Blu-ray Disc (disque Blu-ray)

DVD = Digital Versatile Disc (disque optique numérique)

EST = Electronic-Sell-Through (vente dématérialisée) / Acquisition électronique d'un film ou d'une série avec un droit d'utilisation illimité.

Free TV = Télévision gratuite/ La réception des programmes ne nécessite pas de décodeur.

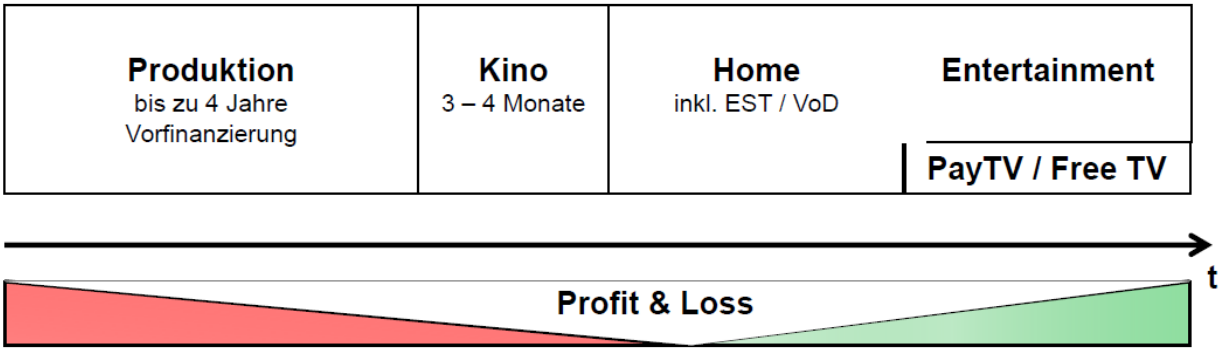
Pay TV = Télévision payante/ Pour recevoir les programmes des émetteurs de télévision privés, le téléspectateur doit conclure un contrat payant.

PPV = Pay-Per-View (paiement à la séance)/ Le téléspectateur paie uniquement les émissions qu'il a effectivement regardées; celles-ci sont diffusées sans cryptage au moment indiqué et voulu.

VHS = Video Home System (système vidéo domestique)

VoD = Video on Demand (vidéo à la demande) / Acquisition électronique d'un film ou d'une série avec un droit d'utilisation limité dans le temps.

Ainsi, force est de constater qu'aujourd'hui, les films deviennent rentables - s'ils le deviennent -, seulement après la phase d'exploitation dans les salles obscures (*Kino*).



Les investissements énormes consentis dans la production (*Produktion*) ou son préfinancement (*Vorfinanzierung*) et les dépenses liées au lancement (notamment les frais de marketing) ne permettent aux œuvres filmiques d'atteindre la zone bénéficiaire qu'à un stade tardif de leur cycle de vie. Or, c'est justement à ce moment-là, au début de la chaîne d'exploitation dans le divertissement à domicile (*Home Entertainement*), qu'intervient le piratage.

La numérisation a créé de nouvelles possibilités d'exploitation sous la forme de l'EST, de la VàD et du *streaming*[2]. L'industrie, en collaboration avec les partenaires correspondants (Apple, Teleclub, upc cablecom, Microsoft XBox, etc.), a immédiatement introduit les diverses offres sur le marché sous forme d'exploitation individuelle.

Aujourd'hui, les tiers disposent des mêmes canaux et moyens que les titulaires des droits pour diffuser des œuvres sur le Net. La mise en circulation des contenus, toutefois, se fait de façon anonyme et incontrôlée et sans consultation des auteurs et des producteurs. Ces resquilleurs réalisent des bénéfices importants qu'ils ne partagent évidemment pas avec les producteurs/auteurs. A cela s'ajoute le fait qu'ils ne prennent aucun risque en termes de production et qu'ils tirent purement et simplement profit de la mentalité du « tout-gratuit » des consommateurs. La protection légale change dès lors partiellement de nature, passant d'autorisations et d'interdictions d'actes d'utilisation, applicables par la voie judiciaire, à la protection des moyens techniques permettant un véritable contrôle par le titulaire des droits lui-même et rendant ainsi possible une autorisation ou une interdiction efficace de ces utilisations. Si la protection des œuvres est donc nécessaire, celle des mesures techniques l'est tout autant pour imposer ces possibilités d'utilisation limitées.

2.1.1.2. Marché du livre (maisons d'édition et librairies)

On peut dire sans exagération que le numérique a entraîné, et entraînera encore, des bouleversements dans le marché du livre et que ceux-ci marquent la plus grande révolution pour l'édition et la librairie depuis Gutenberg. Le livre imprimé survivra néanmoins dans l'univers des médias et de la culture, puisqu'il est « une invention aussi indépassable que la roue, le marteau ou la cuiller » pour reprendre les mots d'Umberto Eco.

La numérisation des livres a des conséquences qui vont bien au-delà de la production et de la distribution de livres électroniques. Elle a un impact non seulement sur le support, la production, la mise sur le marché et la commercialisation, mais aussi sur les contenus, le rôle et l'image de soi du sujet écrivain et au final sur celle des consommateurs également. Ainsi, les auteurs ont la possibilité, à peu de frais, de mettre leurs œuvres à la disposition d'un large public sans avoir

---

[2] *Diffusion du film en direct sur la base d'une lecture des données transmises en flux continu; cette méthode de transmission s'oppose au téléchargement de fichiers qui nécessite de stocker l'ensemble des données.*

recours aux maisons d'édition; les lecteurs peuvent reprendre le fil de l'écriture; un matériel d'enseignement peut être constamment mis à jour ou acheté par chapitres individuels; la concurrence des géants d'Internet, qui agissent à l'échelle mondiale, à laquelle est exposé le marché du livre; ou encore la pression exercée par le modèle des livres numériques en location proposés par les maisons d'édition sur les bibliothèques, pour ne citer que quelques-unes des multiples facettes de cette évolution.

2.1.1.2.1. Production : le rôle des maisons d'édition professionnelles

Quel que soit le support sur lequel le texte est publié, le rôle joué par les éditeurs et les libraires demeure inchangé en ce qui concerne la garantie de la qualité en termes de production et de distribution des livres. Les maisons d'édition dénichent de nouveaux talents et cherchent des auteurs qui proposent des contenus sortant de l'ordinaire et explorant de nouveaux horizons. Dans le flot des manuscrits, elles recherchent les thèmes porteurs. Elles incitent aussi les spécialistes et les scientifiques à partager leur savoir avec le public. Les bons éditeurs assument une fonction de filtre, mais ils sont aussi des inspirateurs et des catalyseurs, fonction qu'assument également, en aval, les librairies proposant un vaste choix de titres, véritables scènes culturelles.

Les maisons d'édition investissent dans les idées. En collaboration avec les auteurs, elles travaillent sur les textes et sur les manuscrits, conçoivent l'objet-livre et se chargent d'en faire la publicité auprès des lecteurs. Elles sont parfois elles-mêmes surprises par un succès, parfois déçues par un flop. Personne n'est en mesure de prédire avec fiabilité ce que rapportera un livre. A l'instar de ce qui se passe dans d'autres branches culturelles, seul un petit nombre de publications couvre leurs frais; il est bien plus fréquent que le succès de quelques bestsellers assure le financement croisé d'un grand nombre de livres édités à perte. Sans la soif de nouveautés et le goût du risque des maisons d'édition, la vie intellectuelle serait bien fade.

En Suisse, le secteur de l'édition est dynamique et diversifié, mais vulnérable. De nombreuses maisons d'édition suisses ont dû mettre la clé sous le paillasson ces dernières années. La littérature, les ouvrages de vulgarisation et les ouvrages spécialisés, les livres d'art, la littérature enfants et jeunesse et les livres audio sont entre les mains de quelques maisons d'édition de taille moyenne et d'une multitude de petites maisons d'édition privées qui, contrairement à de nombreuses autres entreprises culturelles, ne sont quasiment pas subventionnées.

2.1.1.2.2. Offre

Sur les marchés francophone, germanophone et italophone, l'offre des livres numériques n'est pas encore aussi vaste que celle des livres imprimés. La croissance des *e-books* est cependant

fulgurante. Rien que pour l'allemand, les grandes plateformes proposent plus de 250 000 titres de maisons d'édition professionnelles. A cela viennent s'ajouter encore de nombreuses autopublications. Parallèlement aux plateformes commerciales, on assiste au développement des tablettes et des liseuses, qui sont toujours plus conviviales et techniquement optimisées et dont le prix devient de plus en plus intéressant pour les consommateurs.

Dans le domaine des livres électroniques, où l'on ne vend pas un véritable produit, mais seulement une licence d'utilisation, de nouveaux modèles commerciaux sont développés en permanence. Ainsi, les commerces mais aussi un nombre croissant de maisons d'édition testent les opportunités offertes par les applications, les offres groupées (livre numérique offert gratuitement avec le livre imprimé), les modèles de location et les systèmes de forfaits.

2.1.1.2.3. Coûts et recettes

Lorsqu'un éditeur accorde de l'importance à une sélection professionnelle, au lectorat, à la conception et à la distribution, le rôle joué par le support sur lequel un texte est publié est mineur. Les coûts de base liés à la production demeurent identiques. Si les frais d'impression, de transport et de recouvrement tombent pour les livres électroniques, la numérisation requiert des investissements massifs dans de nouveaux instruments de production, de distribution, et aussi de marketing. Au final, les coûts globaux pour une maison d'édition qui a franchi le cap du numérique et propose ses contenus dans tous les formats (livre physique, livre électronique et audio) ne sont aujourd'hui pas forcément inférieurs à ceux d'avant la nouvelle ère. En effet, les coûts de production d'un seul titre oscillent entre 15 000 et 80 000 francs.

A la différence de nombreuses autres branches culturelles, celle de l'édition et des librairies tire son revenu en grande partie – si ce n'est exclusivement – de la gestion individuelle puisque les recettes sont générées par les ventes de livres et les licences. D'un point de vue économique, la part de la gestion collective est quasiment insignifiante. C'est pourquoi, du point de vue des maisons d'édition professionnelles et des librairies, ce secteur est particulièrement tributaire, à l'ère du digital, de conditions-cadre juridiques permettant de protéger efficacement la gestion commerciale individuelle par le biais de modèles commerciaux privés contre le piratage, par exemple contre des plateformes Internet telles que boox.to qui ne proposent que des contenus sans licence.

Et ce d'autant plus que, ces dernières années, les recettes des maisons d'édition suisses et des librairies locales générées par les ventes à la clientèle privée et institutionnelle n'ont cessé de se tasser. Ce recul est pour l'essentiel attribuable à la faiblesse de l'euro : les recettes engrangées par les maisons d'édition suisses sur les principaux marchés des pays voisins accusent une baisse allant jusqu'à 30 %. A l'inverse, les librairies suisses, qui importent plus de

80 % des titres de la zone euro, ont été contraintes d'adapter leurs prix à la baisse, indépendamment du fait que leurs coûts de personnel et de location, en francs suisses, sont restés inchangés.

Les chiffres d'affaires réalisés par les livres électroniques sont encore très bas. Cela s'explique par la part de marché, encore faible, des livres numériques (actuellement, elle ne dépasse guère les 5 % en Suisse pour les maisons d'édition généralistes et, aux Etats-Unis, on observe une stabilisation à quelque 25 %), mais aussi par les prix généralement inférieurs des livres numériques. Les prix ne vont, selon toute vraisemblance, pas augmenter à l'avenir, ce qui entraînera une baisse générale des recettes pour une part de marché en hausse, une baisse qu'il sera difficile de compenser, même en partie, par une diminution des coûts de production et de distribution.

2.1.1.2.4. Agrégation de nouvelles

Les nouvelles technologies ne posent pas uniquement un défi de taille aux fournisseurs de contenus lorsque des œuvres protégées sont utilisées sans licence, mais également lorsque l'usage de ces contenus est substitué. Prenons l'exemple des agrégateurs de nouvelles pour illustrer ce propos.

Il s'agit de logiciels clients ou d'applications qui permettent de rassembler des contenus médiatiques qui sont échangés ou qui font l'objet d'une utilisation multiple. L'offre, commerciale ou non, des agrégateurs consiste en des articles ou en de courts extraits de ces articles (appelés *snippets*) qui sont repris parfois avec, mais le plus souvent sans, l'accord des éditeurs de presse et assortis généralement de liens vers les contenus source. On peut faire une distinction entre les offres des moteurs de recherche et les applications.

Comme la plupart des agrégateurs de nouvelles ne reprennent pas les articles des éditeurs de presse dans leur intégralité, mais ont recours à des *snippets*, ils « échappent » au droit d'auteur, le seuil d'originalité des contenus repris n'étant pas atteint. L'usage fréquent d'images dans ces *snippets* constitue par contre une indiscutable atteinte au droit d'auteur. Etant donné que les éditeurs de presse, à la différence des maisons d'édition musicale et des organismes de diffusion, ne possèdent pas de droits (voisins) sur leurs prestations, il n'existe aujourd'hui aucun moyen d'action légal de contrer ces services qui utilisent exclusivement les contenus créés à grands frais par les médias.

Les éditeurs de presse peuvent tout à fait tirer avantage des agrégateurs de nouvelles, par exemple lorsque ceux-ci contribuent à faire connaître les contenus et le nom des médias à un large public ou génèrent un trafic supplémentaire sur leurs sites Internet et leurs offres.

Cependant, l'agrégation digitale dans ce domaine est souvent préjudiciable aux éditeurs de presse dans les situations suivantes :

– lorsque les utilisateurs employant ces services disposent de suffisamment d'informations de sorte qu'ils n'éprouvent plus le besoin de consulter les contenus des éditeurs de presse et que le trafic sur les sites de ceux-ci diminue;
– lorsque les agrégateurs de nouvelles commercialisent leurs services sans passer d'accord de licence au préalable avec les éditeurs;
– lorsque les éditeurs de presse rencontrent de réelles difficultés à exiger un *opt-out*;
– lorsque les liens profonds des agrégateurs vers les contenus des éditeurs de presse permettent d'éviter la « publicité display » sur les pages Web des médias.

2.1.1.3. Journalisme et presse

Selon impressum – Les journalistes suisses, l'association professionnelle de journalistes, il existe en Suisse au moins 10 000 journalistes. Du fait des nombreuses restructurations qui se sont produites dans les maisons d'édition ces cinq dernières années, il y a une tendance à ce que les journalistes licenciés ne retrouvent pas forcément de poste d'employé et deviennent des Journalistes Libres, soit des journalistes indépendants ou freelances. Parmi les journalistes libres environ 1 300 sont inscrits chez impressum et environ 1 000 sont membres de syndicom, le syndicat des médias et de la communication.

Or, en Suisse alémanique, du fait de l'absence depuis 10 ans de Convention Collective de Travail (GAV, en allemand), beaucoup de journalistes libres, alors qu'ils ne cédaient auparavant qu'une seule parution et se réservaient les autres droits pour compléter leurs revenus, se voient confrontés de plus en plus à des cessions de droits globales imposées par les éditeurs sans rémunération supplémentaire. Selon impressum, cette situation est très difficile pour les Journalistes Libres qui ne peuvent plus vivre de leur métier. Il existe une tendance à quitter le métier, d'où une atteinte à la démocratie, le journalisme indépendant étant un pilier de la libre formation de l'opinion publique et de la qualité de la presse.

2.1.1.4. Producteurs de phonogrammes (« labels de musique »)

2.1.1.4.1. Notion et fonctions

Par producteur de phonogrammes, on entend les entreprises qui produisent des phonogrammes par le biais de prestations commerciales et organisationnelles. Dans le langage courant, on parle souvent de « labels », « labels de musique » ou « maison de disques ». Ces

termes seront utilisés dans la suite du rapport bien qu'au sens strict, le terme « label » désigne uniquement, dans la branche de la musique, le service qui s'occupe de distribuer un répertoire défini sous une certaine marque (p. ex. les labels « Capitol Records », « Blue Note Records », « Deutsche Grammophon », qui appartiennent tous à l'entreprise Universal Music Group). Bien que produire des phonogrammes soit le principal secteur d'activité d'un label de musique, une maison de disque est généralement active aussi dans des domaines connexes, tels le merchandising, le service d'impresario, le management, l'édition et la distribution. Les formes mixtes d'une ou plusieurs de ces activités sont donc fréquentes dans la pratique. Enfin, les labels de musique jouent souvent le rôle de prestataires pour les artistes qu'ils représentent, bien que l'étendue de ces prestations varie fortement de label à label et d'artiste à artiste en fonction de la situation du marché et de la spécialisation. Compte tenu de l'accent mis par le groupe de travail AGUR12 sur le droit d'auteur et les droits voisins, la présentation qui suit se concentre sur l'activité commerciale principale des labels de musique : la production de phonogrammes.

2.1.1.4.2. Production de phonogrammes

Pour un label de musique, la clé du succès réside encore, même à l'âge du numérique, dans la découverte et l'accompagnement de nouveaux artistes (« Artistes & Répertoires », « A&R »). C'est avec eux que sont planifiées les étapes de carrière et que sont effectués les enregistrements, qui sont le produit principal. Pour cette phase, c'est souvent la maison de disque qui assume la totalité des risques financiers : elle finance les enregistrements (qui incluent les musiciens, les techniciens du son et les producteurs de musique, mais aussi le matriçage et les copies), conçoit et finance la pochette de l'album, la présence sur les médias sociaux, etc., planifie et assure le suivi de mesures de marketing spécifiques, entretient le contact avec les médias, produit, en fonction des genres, des clips vidéo et verse des avances non remboursables aux artistes sur les recettes escomptées. Le risque économique est de cette façon largement amorti pour l'artiste, et celui-ci bénéficie d'une assise financière pour se concentrer sur la création musicale (répétitions, éventuellement l'écriture de chansons) et préparer les enregistrements avec le label.

A ce titre, les labels de musique jouent aujourd'hui le rôle de banques proposant des services à des conditions préférentielles, mais aussi de spécialistes en organisation, en réseautage et en marketing. En contrepartie, ils reçoivent des droits exclusifs sur l'enregistrement. Ce qu'on appelle les droits voisins comprennent, d'une part, le droit exclusif de reproduction des phonogrammes et vidéogrammes, mais aussi celui de mise à disposition de ces enregistrements de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il

choisit individuellement. Les droits voisins sont inscrits dans la loi sur le droit d'auteur (LDA) et se fondent sur la garantie de la propriété ancrée dans la Constitution.

Le label de musique investit des moyens financiers considérables dans la production tout en assumant l'intégralité du risque financier. Le montant exact des investissements est variable et dépend fortement de la carrière de l'artiste, du genre de musique et des perspectives de succès économique. Le calcul d'un label suisse important estimant que les dépenses pour un groupe suisse de pop (avances, enregistrements, production vidéo, marketing et promotion inclus, coûts d'exploitation internes exclus) s'élèvent à plus de 100 000 francs paraît tout à fait réaliste.

A l'échelle mondiale, les labels investissent chaque année 4,3 milliards de francs dans de nouveaux artistes, notamment dans leurs enregistrements et leur promotion.[3] Au niveau international ils dépensent donc en moyenne quelque 16 % de leurs chiffres d'affaires pour le développement du produit, ce qui représente un taux plus élevé que les secteurs économiques très innovants du logiciel et de la pharma.[4] Il importe de souligner que seule une faible part des produits assure la couverture des frais. Ce sont donc quelques titres seulement rencontrant un succès économique qui permettent de financer le nombre bien plus élevé d'enregistrements effectués à perte.[5] Ce mélange entre niveau élevé de réinvestissement et insécurité des chances de succès commercial rend le modèle commercial du label de musique très risqué en termes économiques et vulnérable face au piratage. Il est dès lors d'autant plus évident que les labels et les artistes qu'ils représentent sont tributaires d'une protection légale efficace contre les offres concurrentes illégales.

---

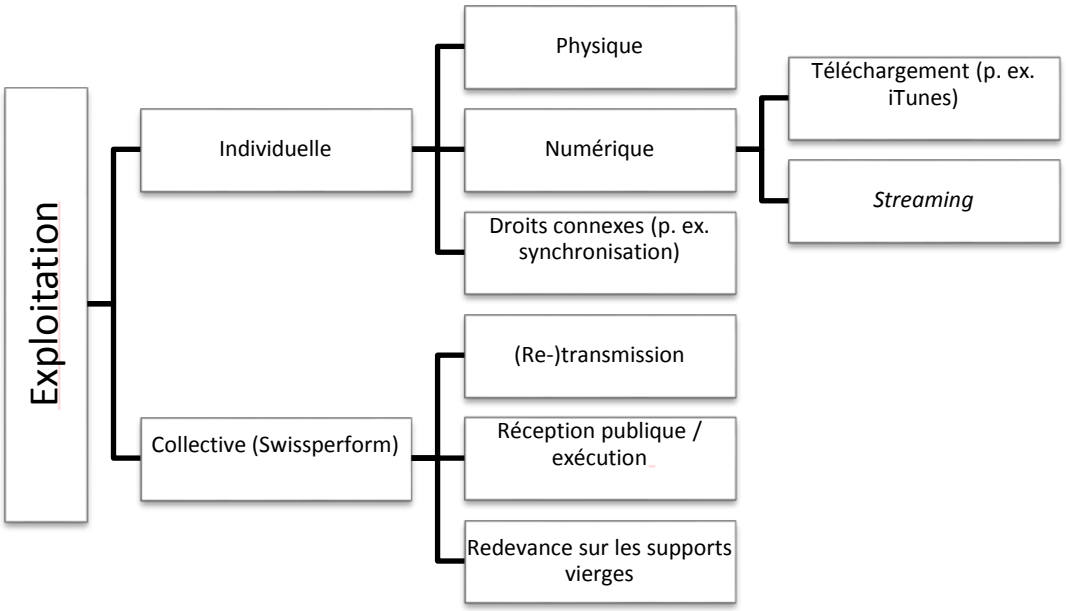
3 *IFPI International, Investing in Music 2012, Londres 2012, p. 7.*

4 *European Commission's 2011 EU Industrial R&D Investment Scoreboard in: IFPI International, Investing in Music 2012, Londres 2012, p. 9.*

5 *Selon une règle souvent entendue dans la branche, seule une production sur cinq à dix est lucrative.*

2.1.1.4.3. Gestion

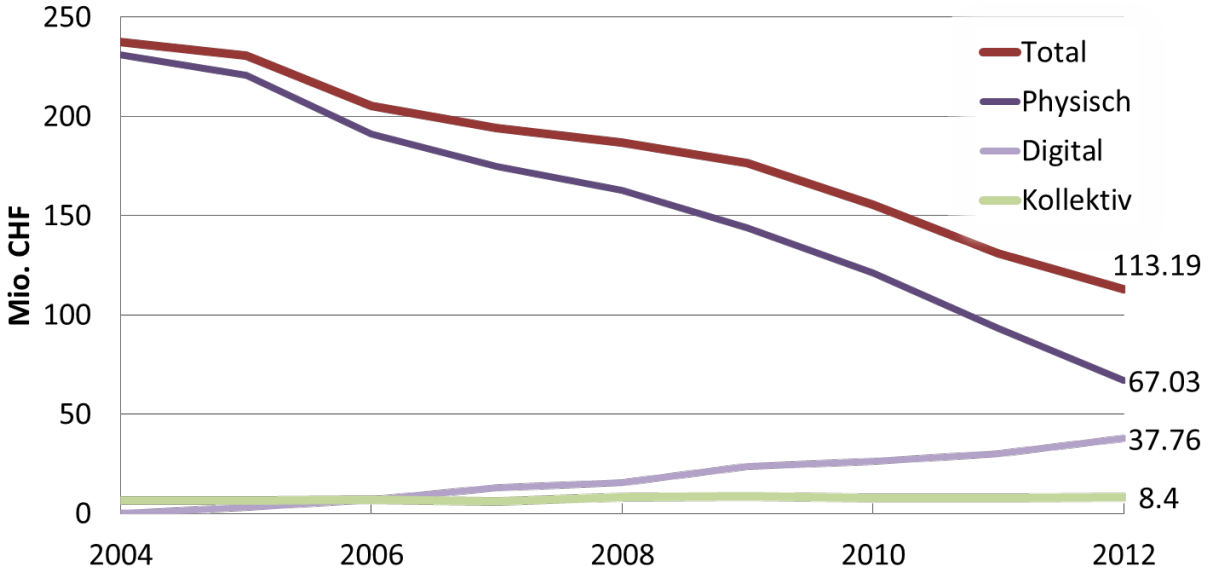
Les investissements engagés dans les enregistrements sont rentabilisés dans un deuxième temps grâce à la vente et à d'autres formes de gestion. On distingue deux formes de gestion : la gestion individuelle des labels de musique et la gestion collective confiée à la société de gestion Swissperform.



Modèle de gestion classique des phonogrammes

La gestion individuelle se fonde sur la distribution par le biais de réseaux de vente, tels le commerce spécialisé dans les CD ou les plateformes Internet et les prestataires de *streaming*. Alors que pour le téléchargement (comme pour les CD), la vente d'une copie demeure au premier plan, le *streaming* est un modèle qui se caractérise par la simple mise à disposition de la musique : ce n'est plus la possession, mais l'accès à la musique qui est au cœur de la négociation. Dans la branche du divertissement, le secteur de la musique a été le premier à être confronté au phénomène du piratage sur Internet, mais il a été aussi le premier à tirer profit des nouvelles opportunités offertes. Malgré les grandes difficultés rencontrées jusqu'au début des années 2000, les labels de musique et leurs partenaires de distribution numérique proposent aujourd'hui une multitude d'offres légales et conviviales pour les consommateurs.[6] Les recettes en hausse dans le domaine du numérique ne sont toutefois pas en mesure de compenser la baisse des ventes qui perdure depuis le tournant du XXIe siècle dans le commerce classique du CD. La raison en réside dans le grand nombre d'offres illégales gratuites.

[6] *Aperçu sur www.ifpi.ch/index.php/legale-musik-services.html ou www.pro-music.org/legal-music-services-europe.php.*



Développement du chiffre d'affaires des membres de l'IFPI Suisse[7]

Parallèlement à la gestion individuelle, la société de gestion Swissperform se charge de la gestion collective des droits dans ce domaine. Swissperform et ses sociétés sœurs perçoivent, au nom des labels de musique et sur la base de tarif négociés, des redevances des utilisateurs pour la (re-)transmission, la réception publique, l'exécution publique et la copie privée (cf. ch. 2.1.2). Ainsi, en 2012, 8,2 millions de francs ont pu être versés aux labels ayants droit.

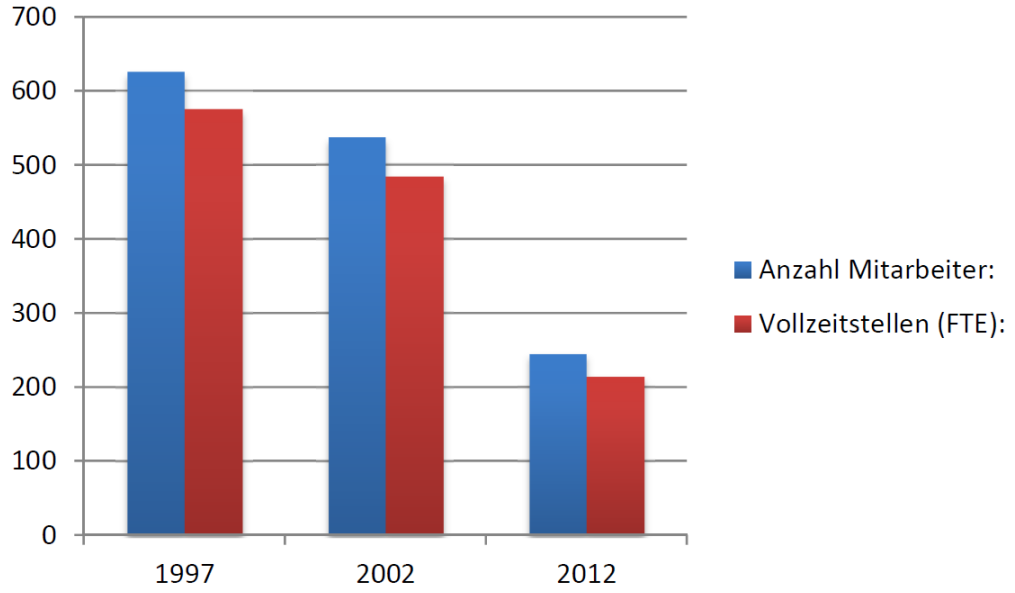
2.1.1.4.4. Evolution récente

Le recul des ventes qui persiste depuis plus de dix ans n'est pas resté sans conséquence sur le nombre de places de travail : Si, en 1997, les labels de musique suisses employaient encore 626 personnes (*Mitarbeiter*) pour 576 temps pleins (*Vollzeitstellen*), ces chiffres ont baissé, en 2002, à 537 personnes pour 485 temps plein, pour reculer encore en 2012 à 245 personnes pour 215 temps pleins. Cela équivaut à une perte de temps pleins de 63 % par rapport à 1997 et de 56 % par rapport à 2002.[8]

---

[7] *www.ifpi.ch/index.php/downloads/articles/marktzahlen.html.*

[8] *Communiqué IFPI Suisse du 15.3.2012, http://www.ifpi.ch/index.php/home-ifpi2010/articles/IFPI_Schweiz_publiziert_Jahreszahlen_der_Schweizer_Musiklabels.html (uniquement en allemand).*



Evolution des emplois chez les membres de l'IFPI[9]

Malgré les bouleversements induits par le numérique, l'intérêt des musiciens pour les labels de musique et leurs importantes prestations est demeuré intact. En effet, une nouvelle étude constate que près de 70 % des artistes qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de label, aimeraient en signer un afin de pouvoir profiter des prestations.[10] Si Internet permet aujourd'hui aux artistes de se commercialiser de façon plus directe et autonome que par le passé, il est rare toutefois qu'un musicien ou un groupe parvienne à percer sans le soutien d'une maison de disque. Il est rare également, même si cela arrive plus souvent, qu'un musicien établi et connu renonce aux prestations d'une maison de disques à l'échéance de son contrat et, s'il le fait, ce n'est la plupart du temps que de façon provisoire. Dans ce sens, le rôle traditionnel du label en tant que prestataire et partenaire des musiciens n'a pas fondamentalement changé, même à l'époque d'Internet. En raison du recul persistant du chiffre d'affaires dans la vente classique de musique enregistrée, les secteurs d'activité connexes décrits plus haut (merchandising, service d'impresario, management, activités d'édition et de vente) ont toutefois gagné en importance et apportent une plus grande diversification.

---

[9] *31 membres de l'IFPI en 2012, qui représentaient quelque 90 % de l'ensemble du marché de la musique suisse, RecRec, Disctrade et Disques Office en sus.*

[10] *Survey of unsigned artists in the UK compiled by IFPI and The Unsigned Guide, Londres 2012 in : IFPI International, Investing in Music 2012, Londres 2012, p. 7.*

2.1.2. Sociétés de gestion en Suisse

Les sociétés de gestion sont parfois aussi appelées « sociétés d'auteurs ». Il s'agit en effet d'organismes créés par des auteurs, ou plus généralement par des ayants droit, dans le but de défendre leurs droits.

Ces organismes de gestion collective sont des sociétés qui exercent leur activité à titre fiduciaire : il s'agit de personnes morales, sans but lucratif[11], auxquelles les auteurs et autres ayants droit confient le soin de faire valoir les droits patrimoniaux auprès des exploitants. Leurs membres sont des créateurs c'est-à-dire des compositeurs, des paroliers, des écrivains, des réalisateurs, etc., ou des titulaires de droits à titre dérivé comme des producteurs ou des éditeurs. Swissperform représente en outre les bénéficiaires de droits voisins, c'est-à-dire les artistes-interprètes, les producteurs d'enregistrements et les organismes de diffusion (radios et télévisions). Souvent, le mandat donné par les ayants droit à la société est doublé d'une cession de certains droits d'auteur ou droits voisins[12] : la société est alors habilitée à les invoquer en son propre nom, puisqu'elle en devient titulaire. Le rôle concret d'une société de gestion collective est donc d'octroyer aux utilisateurs d'œuvres les autorisations nécessitées par la loi, de percevoir une redevance en contrepartie, laquelle sera rétrocédée aux auteurs, éditeurs et producteurs dont les œuvres ont été utilisées, ou de percevoir les droits à rémunération prévus par la loi en faveur des ayants droit. Le plus souvent, la gestion individuelle et la gestion collective cohabitent : pour un même répertoire, certains droits sont exercés par les ayants droit directement et d'autres sont confiés aux sociétés de gestion collective.

En Suisse, il existe actuellement cinq organismes de gestion collective : ProLitteris pour l'art littéraire et plastique, la Société Suisse des Auteurs (SSA) pour les œuvres dramatiques, dramatico-musicales, chorégraphiques, et pour certaines œuvres audiovisuelles ou multimédia, SUISA pour les œuvres musicales non théâtrales, Suissimage pour les créations audiovisuelles et enfin Swissperform, pour les droits à rémunération instaurés dans le domaine des droits voisins. Les quatre premières (ProLitteris, la SSA, SUISA et Suissimage) sont des coopératives[13], alors que Swissperform a la forme juridique d'une association[14].

Les sociétés de gestion nationales passent avec leurs homologues étrangères des contrats de représentation réciproque : par ce biais, elles deviennent habilitées à faire valoir sur leurs territoires non seulement les droits de leurs propres affiliés, mais aussi ceux d'ayants droit membres de sociétés-sœurs étrangères. Ce réseau de contrats assure à l'organisme national,

---

[11] *En vertu de l'art. 45, al. 3, LDA, les sociétés de gestion sont légalement tenues, en Suisse, de ne pas viser de but lucratif.*

[12] *Voir notamment : ATF 117 II 463 = JdT 1992 I 393.*

[13] *Au sens des art. 828 ss CO.*

[14] *Au sens des art. 60 ss CC.*

sur son territoire d'activité, une large représentativité. Dans le domaine de la musique, le Tribunal fédéral a ainsi constaté que SUISA, en Suisse, gérait les droits d'exécution sur la quasi-totalité du répertoire mondial de musique non théâtrale.[15]

Concrètement, cela représente environ 1,7 million d'auteurs et éditeurs, dont les œuvres sont exploitées annuellement par environ 90 000 personnes. Voici en outre quelques chiffres concernant les sociétés de gestion suisses en 2012[16] :

Société	Recettes en million CHF	Nombre de membres (ayants droit)	Nombre de contrats avec des sociétés sœurs à l'étranger
SUISA	141,0	31 712	105
SUISSIMAGE	56,5	2 852	75
ProLitteris	32,2	11 032	85
SSA	19,8	2 467	47
SWISSPERFORM	43'9	11 305	48

Société	Commission déduite des recettes	Collaborateurs (plein temps)	Marge de salaire (salaire le plus bas/le plus élevé)
www.suisa.ch	12,19 %	168,5	1:5,8
www.suissimage.ch	4,37 %	25,9	1:3,4
www.prolitteris.ch	19,88 %	24,5	1:4
www.ssa.ch	15,6 %	20,1	1:3,9
www.swissperform.ch	8,28 %	15,55	1:2,8

Les commissions mentionnées dans le tableau représentent les déductions effectuées par chaque société sur les droits qu'elle perçoit, pour couvrir ses frais (p. ex. SUISA, qui comptait 31 712 membres et 168,5 employés à fin 2012, a retenu en moyenne 12,19 % des droits encaissés pour couvrir ses frais, le reste ayant été distribué conformément à son règlement de répartition). Il est clair que ces frais varient en fonction des tâches assignées à chaque société : ProLitteris, par exemple, doit intervenir chaque année auprès de 100 000 entreprises pour gérer les droits de reprographie au sens de l'art. 19, al. 1, let. b, LDA, ce qui occasionne des coûts plus importants que ceux des sociétés traitant avec un nombre limité d'exploitants.

2.1.2.1. Activités des sociétés de gestion soumises à surveillance

L'activité des sociétés de gestion fait l'objet d'un contrôle étatique régi par les art. 40 ss LDA. Ce contrôle étatique est cependant partiel, dans la mesure où seuls certains domaines de gestion sont soumis à la surveillance de la Confédération.[17] Il en va ainsi de la gestion des simples droits à rémunération (c'est-à-dire des contreparties financières données aux auteurs

---

[15] *ATF 107 II 57,60 = JdT 1981 I 361 ss; voir aussi ATF du 9.3.2005, in sic! 2005, 562 (consid. 3.2).*

[16] *Voir www.swisscopyright.ch.*

[17] *GOVONI, CARLO / STEBLER, ANDREAS, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1, 2e éd., Bâle/Francfort 2006, p. 429 ss.*

par le législateur lorsqu'il a autorisé une utilisation de biens protégés[18]). Il s'agit en principe de situations où l'utilisation des œuvres n'est pas contrôlable par les auteurs et où la légitime aspiration des consommateurs à bénéficier desdites œuvres n'est pas compatible avec un droit de véto.[19] Est également soumise au contrôle fédéral la gestion des droits exclusifs qui, d'après la loi, doivent obligatoirement être exercés par les sociétés de gestion. Dans certaines situations, la loi a prévu que l'auteur ne pouvait pas exercer ses droits lui-même, mais qu'il devait obligatoirement passer par l'intermédiaire d'une société de gestion. La gestion collective obligatoire est en principe justifiée par la volonté de simplifier la situation juridique des exploitants, et d'éviter qu'ils soient à la merci d'un refus d'ayants droit isolés, qui ne voudraient pas donner d'autorisations.[20] Elle existe, par exemple, pour le droit de retransmettre des émissions (notamment dans un réseau câblé) ou de communiquer publiquement ces émissions[21] (p. ex. sur grand écran ou par l'intermédiaire d'une installation de radio enclenchée dans une salle d'attente). La gestion collective obligatoire est aussi prévue dans certaines hypothèses réglées par la révision de la LDA, en vigueur dès le 1er juillet 2008[22] : par exemple pour l'utilisation des productions d'archives des radios et des télévisions ou pour l'utilisation d'œuvres dites orphelines, c'est-à-dire d'œuvres dont les ayants droit sont inconnus ou introuvables. Pour tous ces droits exclusifs obligatoirement soumis à la gestion collective, il existe un contrôle de la Confédération sur les sociétés de gestion.

En revanche, la gestion des droits exclusifs que l'auteur est libre d'exercer lui-même (sans recourir aux services d'une société de gestion) n'est normalement pas soumise au contrôle étatique. Le domaine des œuvres musicales non théâtrales fait toutefois exception puisque, pour celles-ci, la gestion des droits d'exécution, de diffusion et de confection de phonogrammes ou vidéogrammes fait l'objet d'un tel contrôle.[23]

---

[18] *Tel est le cas pour la location d'exemplaires d'œuvres (art. 13 LDA), pour les utilisations dites privées (art. 20 LDA), pour la reproduction et la mise en circulation d'exemplaires d'œuvres sous une forme accessible aux personnes atteintes de déficiences sensorielles (art. 24c LDA) et pour l'utilisation publique de phonogrammes et de vidéogrammes disponibles sur le marché (art. 35 LDA). De même, la reproduction pour usage privé au sein des entreprises, de l'administration et à des fins pédagogiques est autorisée par la loi – moyennant le paiement d'une rémunération (art. 19, al. 1, let. b et c en relation avec art. 20, al. 2, LDA). Le montant de la rémunération est examiné et approuvé par la Commission arbitrale fédérale au terme d'une procédure de négociation, définie dans la loi, avec les associations représentatives des utilisateurs.*

[19] *SALVADÉ, VINCENT, Les droits à rémunération instaurés par la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, in sic ! 5/1997, p. 449 et les références citées.*

[20] *ATF 133 III 568, consid. 4.2.*

[21] *Art. 22 LDA.*

[22] *Art. 22a, 22b, 22c et 24b LDA.*

[23] *Art. 40, al. 1, let. a, LDA.*

2.1.2.2. Activités des sociétés de gestion non soumises à surveillance

En substance, on peut donc dire que l'activité de SUISA est largement contrôlée par la Confédération; cela vaut aussi pour celle de Suissimage et Swissperform. En revanche, les activités de ProLitteris et de la SSA le sont moins. Toutes les sociétés sont surveillées, par exemple, dans le domaine du droit de location au sens de l'art. 13 LDA ou dans celui des rémunérations pour l'usage privé au sens de l'art. 20 LDA. Mais ProLitteris n'est pas soumise à la surveillance lorsqu'elle gère le droit de reproduire une œuvre d'art figurative dans un magazine, pas plus que la SSA ne l'est lorsqu'elle traite du droit de représenter une pièce de théâtre. Lors de l'élaboration de la loi, à la fin des années quatre-vingt, on s'est posé la question de savoir s'il ne convenait pas d'étendre le contrôle fédéral à toute la gestion collective, sans distinction de domaine, comme c'est le cas par exemple en Allemagne et en Autriche. Le législateur y a renoncé car cela aurait uniformisé sans nécessité les diverses formes et structures de l'exercice indirect des droits. Le Conseil fédéral a expliqué qu'il existait, par exemple, des domaines où les sociétés ne font que l'intermédiaire entre les auteurs et les utilisateurs, sans faire valoir de droits propres. Dès lors, aux yeux du Conseil fédéral, étendre la surveillance à ces domaines aurait constitué une ingérence dans les contrats que les auteurs ont négociés eux-mêmes avec les utilisateurs.[24] C'est en quelque sorte le respect de la nature privée du droit d'auteur qui a prévalu.

Les activités des sociétés de gestion non soumises au contrôle fédéral relèvent de différents domaines. Par exemple, pour les arts visuels et la photographie, ProLitteris gère le droit de reproduction[25]; de même, elle exerce les droits de diffusion[26] et de mise à disposition à la demande[27] des textes, ainsi que des œuvres d'art visuel et photographiques. Il existe d'ailleurs un portail OLA (OnLineArt), par l'intermédiaire duquel ProLitteris fait valoir les droits de mise à disposition de ses propres membres et, basée sur des contrats avec des sociétés-sœurs, également d'ayants droit étrangers, c'est-à-dire au total d'environ 40 000 auteurs d'art figuratifs.[28] Les droits de diffusion, de mise à disposition et de reproduction sont aussi gérés par la SSA au profit des auteurs, s'agissant de son répertoire audiovisuel et scénique. Cette dernière s'occupe en outre des droits de représentation scénique[29], en Suisse et à l'étranger. Suissimage exerce le droit de diffusion des œuvres audiovisuelles, mais uniquement pour ses membres auteurs (pas pour les producteurs), de même que le droit de reproduire des extraits de telles œuvres dans des produits multimédias *offline* (cela aussi bien pour les auteurs que

---

[24] *FF 1989 III 538.*
[25] *Art. 10, al. 2, let. a, LDA.*
[26] *Art. 10, al. 2, let. d, LDA.*
[27] *Art. 10, al. 2, let. in fine, LDA.*
[28] *Voir www.onlineart.info.*
[29] *Il s'agit en fait d'une gestion individuelle centralisée, c'est-à-dire justement d'un domaine où la SSA fait l'intermédiaire entre les auteurs et les utilisateurs.*

pour les producteurs).[30] Quant à SUISA, elle est active par exemple dans tout le domaine de la mise à disposition en ligne d'œuvres musicales non théâtrales, également sans être surveillée par la Confédération.[31] Environ la moitié du répertoire mondial de musique est ainsi géré en Suisse par SUISA, s'agissant de la distribution à la demande par Internet. Pour ses propres membres, SUISA est aussi présente à l'étranger, et elle délivrera des licences « multi-territoriales » pour les utilisations en ligne, cela à partir de l'automne 2013.[32]

Ces activités hors surveillance des sociétés de gestion sont basées uniquement sur des rapports de droit privé : ce sont les ayants droit directement, ou des sociétés de gestion étrangères, qui décident de confier contractuellement leurs droits aux sociétés de gestion suisses. Cela se comprend si l'on se rappelle que ces sociétés sont des organismes créés par les ayants droit, pour défendre leurs droits. Ainsi, un auteur, par exemple, pourra avoir intérêt à ce que ses droits soient gérés par une société ayant pour mission de le défendre, et au sein de laquelle il exerce un droit de vote, plutôt que par un exploitant ayant acquis des droits d'auteur pour défendre ses propres intérêts économiques.

2.2. Champs de tensions

Les développements techniques ont un impact sur le droit d'auteur. Chaque avancée technologique crée des opportunités de générer des revenus dans des nouveaux domaines d'activité, mais ouvre aussi de nouveaux champs de tensions, qui suscitent des craintes. Il en a été ainsi après l'invention de l'imprimerie, l'avènement de la photocopie, la généralisation des appareils d'enregistrement du son et des images et la révolution d'Internet. Avec l'arrivée du Web 2.0 (voir aussi le ch. 2.4.3.2) et son cortège de possibilités inédites, le droit d'auteur s'est à nouveau retrouvé à un carrefour et confronté à des exigences d'un genre nouveau. Le Web 2.0 et son mode de fonctionnement coopératif offre certes de nouvelles chances. Il a cependant aussi pour conséquence de confronter les titulaires de droits non plus, comme par le passé, à une poignée de fournisseurs de produits mis à disposition sans licence, mais à des utilisations illicites à grande échelle, favorisées, à leurs avis, par les possibilités offertes par les sites de partage de fichiers. Des utilisations qui, prises isolément, sont marginales, mais qui, additionnées les unes aux autres, sont d'une ampleur considérable. Ce phénomène a cela de particulier qu'il ne profite en général pas aux internautes qui partagent illégalement des œuvres et des prestations d'autrui sur les plateformes, mais aux sociétés exploitantes de ces sites, lesquelles génèrent des revenus par la vente d'espaces publicitaires et grâce à des taux de téléchargement (*upload* et *download*) plus élevés. Certaines d'entre elles offrent des incitations

---

[30] *Voir www.suissimage.ch/fileadmin/content/pdf/3_Nutzer_Tarife/offlinef.pdf.*
[31] *Le droit de mise à disposition n'est pas mentionné par l'art. 40, al. 1, let. a, LDA.*
[32] *Voir SUISAinfo 2.13, p. 12.*

financières ou matérielles aux internautes qui chargent illégalement des fichiers sur leurs sites dans le but d'en accroître la fréquentation. Si les titulaires voulaient faire respecter leurs droits avec efficacité, ils devraient surveiller en permanence les contenus de ces sites, mais risqueraient de s'exposer au reproche d'une violation de la protection de la sphère privée. Chaque internaute laisse des traces sur Internet. Ce sont ces traces qui permettent de traquer les utilisateurs de sites de partage (réseaux pair-à-pair). Pour l'essentiel, les titulaires des droits essaient de découvrir les adresses IP des internautes et des informations sur leurs *uploads* d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Ces informations permettent d'identifier les personnes soupçonnées d'avoir porté atteinte aux droits d'auteur.[33] Cependant, dans son arrêt ATF 136 II 508, le Tribunal fédéral a statué que les adresses IP n'étaient pas uniquement des éléments d'adresse au sens de la législation sur les télécommunications, mais des données personnelles au sens de la législation sur la protection des données.[34] La question du traitement et de la divulgation des adresses IP à des fins de défense des intérêts légitimes des auteurs touche donc un domaine sensible, entre droit d'auteur, protection des données et législation sur les télécommunications. Eu égard aux dispositions des lois sur la protection des données et sur les télécommunications, les mesures techniques doivent dès lors respecter les principes de licéité, de finalité, de transparence et de proportionnalité.[35]

Les récents développements technologiques ont aussi un impact sur la liberté d'information, la liberté de l'art et la liberté de la science. Les difficultés à faire appliquer les droits entravent l'apparition de nouveaux fournisseurs et ont un impact sur la disponibilité des contenus, qui ne sont pas accessibles partout simultanément. L'utilisation de systèmes propriétaires par les fournisseurs existants accentue le problème et restreint la liberté de choix des consommateurs. L'objectif des mesures techniques est certes d'empêcher des actes non autorisés, mais elles peuvent aussi entraver les utilisations autorisées, par exemple l'exercice d'une exception au droit d'auteur. C'est fâcheux, en particulier lorsque cette restriction donne lieu à la perception d'une redevance.[36] Il arrive donc que le droit d'auteur soit perçu comme un frein à l'activité artistique ou scientifique, bien qu'il prévoie une exception pour la création de parodies (art. 11, al. 3, LDA) ou encore la possibilité, à l'art. 3 LDA, de créer, sous certaines conditions, des œuvres artistiques dérivées. Dans le domaine des utilisations scientifiques, la loi sur le droit d'auteur formule, à son art. 25, un droit de citation et autorise, à son art. 19, al. 1, let. b, l'utilisation d'œuvres par un maître et ses élèves à des fins pédagogiques en contrepartie d'une

---

[33] *PFPDT, La lutte contre le piratage des œuvres protégées par le droit d'auteur en regard de la protection de la sphère privée, www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00715/00716/index.html?lang=fr.*

[34] *ATF 136 II 508, consid. 3.1 et 3.8.*

[35] *Voir également PFPDT, La lutte contre le piratage des œuvres protégées par le droit d'auteur en regard de la protection de la sphère privée, www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00715/00716/index.html?lang=fr.*

[36] *AGOSTI, DONAT, Ein Bärendienst an der Forschung, NZZ Online du 25 janvier 2012, www.nzz.ch/aktuell/startseite/ein-baerendienst-an-der-forschung-1.14511447.*

redevance. Les nouvelles formes d'utilisation comme les *mashups*[37], la fouille de textes et l'extraction de connaissances dans les textes[38] ou encore la recherche d'information (*information retrieval*) ne sont par contre pas explicitement réglées dans la loi.

Enfin, il convient de prendre en considération des aspects de politique culturelle. La politique culturelle de la Confédération est basée sur cinq objectifs fondamentaux : l'entretien de la diversité culturelle, l'amélioration de l'accès à la culture, la promotion des échanges culturels, le renforcement de la collaboration et la création de bonnes conditions générales dans le but de favoriser une vie culturelle féconde et de soutenir la croissance des industries culturelles et de la création.[39] Avec cette politique culturelle en toile de fond, le droit d'auteur a la double mission suivante : répondre au souhait des citoyens qui prétendent à un flux d'informations aussi libre et complet que possible tout en sensibilisant les utilisateurs à la protection légale dont jouissent les contenus de qualité et au fait que ceux-ci ont un certain prix. L'un des grands défis posés par l'avènement du Web 2.0 et par ses formes d'expression numérique est l'atteinte d'un équilibre politico-culturel et juridique entre le libre développement de l'art, l'accès facilité à l'art, la protection de nouvelles créations et leurs utilisations dans la perspective de renforcer et de promouvoir les industries culturelles et la création. Le droit a la tâche exigeante de tenir compte de manière appropriée de ces intérêts divergents et de les concilier.[40]

2.3. Chiffres

Les chiffres ci-après sur la situation en Suisse (ils ne sont pas tous actuels) sont tirés pour l'essentiel d'études mandatées par les titulaires des droits ou les utilisateurs.

Voici le tableau qui se dégage de trois études conduites en 2011 par l'institut gfs-zürich, une société d'étude de marché et de recherche sociale, sur les habitudes des détenteurs de lecteurs MP3, d'appareils audiovisuels et de tablettes numériques. 15,2 % au moins de tous les enregistrements musicaux sont téléchargés sur des lecteurs MP3 à partir de sites de partage de fichiers ou de plateformes analogues (3,8 % directement à partir d'Internet et 11,4 % via PC). 37,9 % en moyenne de tous les morceaux de musique (de tiers) copiés sur les lecteurs ont été téléchargés sans paiement. Les utilisateurs auraient cependant été prêts à payer pour un bon tiers de ces titres (38,8 %) s'il n'avait pas été possible de les télécharger gratuitement à partir de la Toile. Les chiffres pour les appareils audiovisuels sont comparables. 4,8 % des titres de musique ont été téléchargés directement à partir de sites de partage ou de plateformes

---

[37] *Combinaison de plusieurs contenus, par exemple de cartes et de photos satellites.*

[38] *Méthodes automatiques de reconnaissance de structures dans des textes ou des grandes quantités de données.*

[39] *Voir Message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2012 à 2015 (Message culture), FF 2011 2773, p. 2796 ss.*

[40] *Voir* STREULI-YOUSSEF/REUTTER *in : Kultur Kunst Recht, Schweizerisches und Internationales Recht,* MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR *(Ed.), Bâle 2009, chap. 13 nm. 51.*

analogues et 5,0 % via PC en provenance des mêmes sources. 36,9 % en moyenne des morceaux de musique (de tiers) copiés sur les appareils audiovisuels ont été téléchargés sans paiement. Pour 37,7 % de ces titres, les utilisateurs auraient cependant été prêts à payer s'il n'avait pas été possible de les télécharger gratuitement à partir du Web. 6,7 % des films enregistrés ont été téléchargés directement à partir d'Internet (75 % le sont par le biais de téléviseurs). Pour 27,6 % de ces films en moyenne (11,3 films en chiffres absolus), les spectateurs n'ont rien payé, mais ils auraient être disposés à le faire pour un petit tiers de ces films (27,6 % ou 3 films en chiffres absolus) s'il n'avait pas été possible de se les procurer gratuitement sur la Toile. Les données recueillies pour l'enquête conduite en 2011 sur l'utilisation des tablettes numériques sont identiques à celles réunies pour les lecteurs MP3 et les appareils audiovisuels, et les résultats sont sensiblement pareils. En 2012, l'institut GfK a conduit lui aussi une étude pour déterminer les habitudes des utilisateurs de tablettes électroniques. Selon cette enquête, 19 % de la population résidente suisse âgée de 15 à 74 ans affirment utiliser régulièrement une tablette. L'étude fait une distinction entre utilisateurs professionnels et utilisateurs particuliers. On trouve sur les tablettes des utilisateurs des deux catégories en moyenne 20 vidéos de tiers (à savoir des vidéos qui n'ont pas été faites par les utilisateurs eux-mêmes), ce qui représente 60 % environ des vidéos stockées sur les tablettes. Ces vidéos proviennent pour la plupart de sites payants, de promotions, de webtélés ou de supports physiques. 0 à 10 % seulement des contenus vidéo proviennent de sites de partage. Le tableau est à peu près le même en ce qui concerne le contenu musical : 60 % des utilisateurs particuliers (77 % des utilisateurs professionnels) ont sur leur tablette quelque 900 (620) titres de musique en moyenne, dont la moitié provient, pour les premiers, d'un stockage dans les nuages; pour les seconds, 39 % ont été copiés principalement à partir de supports physiques. Dans les deux catégories d'utilisateurs, les sites de partage de fichiers ne jouent qu'un rôle marginal (3 % des fichiers téléchargés directement à partir d'Internet pour les particuliers et 0 % pour les professionnels). Pour ce qui est du contenu photo, 100 % presque des utilisateurs des deux catégories ont sur leurs tablettes des images personnelles et environ la moitié d'eux a également des images qui proviennent de sources tierces. Pour les utilisateurs particuliers, 92 % des photographies proviennent d'un stockage dans les nuages et, pour les professionnels, 83 % des images ont été copiées à partir d'un ordinateur ou d'autres appareils portables. Dans aucune des deux catégories d'utilisateurs, les photos de tiers ne proviennent de sites de partage (0 %). Alors que 82 % des utilisateurs professionnels enregistrent leurs propres textes sur leur tablette, ils ne sont que 30 % à le faire chez les particuliers. Quelque 75 % des utilisateurs dans les deux catégories ont des textes de tiers sur leur tablette; la majeure partie est téléchargée directement, contre paiement, d'un magasin en ligne ou du site Web d'un éditeur. Pour ce type de contenu aussi, aucune copie sur les tablettes ne provient directement de sites de partage en ligne (0 % pour les deux catégories d'utilisateurs). Les jeux

enfin : 70 % environ des utilisateurs dans chacune des deux catégories en utilisent. Quelque 70 % (donc une majorité) des jeux utilisés aussi bien par les professionnels que par les particuliers ont été téléchargés à partir de magasins en ligne contre paiement. Les 30 % restants sont soit des jeux promotionnels trouvés sur Internet, soit des jeux téléchargés à partir du site de l'éditeur. Les personnes interrogées dans les deux catégories indiquent là aussi qu'aucun des jeux sur leur tablette ne provient d'un site de partage de fichiers. L'étude ne dit rien sur les enregistrements provenant de données personnelles stockées dans les nuages.

Selon une étude de Netmetrix datant du printemps 2013, 3,5 millions de personnes en Suisse utilisent des services de *streaming*, soit 65 % environ des internautes helvétiques. 620 000 personnes ont recours quotidiennement, ou presque, à des services de diffusion en flux comme des netradios, des webtélés (p. ex. Wilmaa, Teleboy ou Zattoo), des sites d'hébergement de vidéos et des portails d'actualités ou TV comme YouTube diffusant des contenus audio ou vidéo ou encore des archives audiovisuelles et radiophoniques. En général, les internautes utilisant ces services sont proportionnellement plus souvent connectés que la moyenne et consomment des contenus numériques souvent sur plusieurs appareils (smartphone, tablette, radio numérique, etc.).

Même si, selon PWC, le marché suisse de la musique sur support physique va rétrécir tous les ans de 7,8 % entre 2014 et 2016, il devrait néanmoins enregistrer une croissance annuelle totale de 3,4 % grâce à la diffusion par Internet, pour laquelle on s'attend à une progression annuelle de 12,1 %, et aux chiffres d'affaires réalisés lors des concerts et des festivals qui sont estimés à 3,3 %. Cela représente 0,8 point de plus que la croissance moyenne attendue pour le marché de la musique en Europe occidentale. Le marché suisse de la musique a réalisé un chiffre d'affaires total de 891 millions de francs en 2011. Pour le marché cinématographique suisse, PWC s'attend à une baisse de 6,7 % du chiffre d'affaires réalisé grâce aux copies physiques (vente et location) entre 2014 et 2016, alors que le chiffre d'affaires réalisé avec la vente de billets de cinéma devrait progresser annuellement de 2,1 %. Les chiffres d'affaires engendrés pour les canaux de diffusion électronique vont augmenter de 31,1 % par année, ce qui devrait permettre au marché cinématographique suisse de croître annuellement de 2,7 %. Cette croissance est supérieure de 0,6 point à la croissance moyenne prévue pour le marché cinématographique européen. En 2011, le marché cinématographique suisse a réalisé un chiffre d'affaires total de 562 millions de francs. De l'avis de PWC, seul le marché des jeux sur PC va se contracter entre 2014 et 2016 (-4,1 %). Pour tous les autres types de jeux, les taux de croissance attendus se situent entre 1,3 % (jeux pour consoles) et 10,3 % (jeux en ligne). La croissance annuelle moyenne du marché suisse du jeu vidéo devrait atteindre 5,4 %, soit 1,2 point de plus que la croissance du marché du jeu vidéo en Europe occidentale. Le chiffre d'affaires du marché suisse du jeu vidéo s'élevait à 407 millions de francs en 2011. Il n'existe

pas d'études fiables sur l'impact du piratage sur le chiffre d'affaires du secteur du livre (qui s'élevait à 1 milliard de francs environ en Suisse en 2012).

Le groupe de travail AGUR12 a renoncé à conduire lui-même des enquêtes sur le marché du droit d'auteur et sur l'impact du piratage. Il n'est en effet pas simple de réunir des chiffres parlants en raison des nombreux facteurs dont il faut tenir compte dans ce domaine. Les chiffres varient en outre selon leur source et ils deviennent rapidement obsolètes vu le dynamisme de ce marché. Dans le domaine des utilisations secondaires, la collecte de chiffres ou l'entente sur les hypothèses fait l'objet des négociations sur les tarifs. L'AGUR12 s'accorde néanmoins sur le constat suivant : il existe des offres illégales sur Internet qui conduisent à des distorsions de la concurrence dont l'ampleur est telle qu'elle réclame une action rigoureuse contre les modèles commerciaux basés sur des violations systématiques des droits d'auteur. Il convient cependant aussi d'améliorer les offres légales individuelles et collectives et d'intensifier la sensibilisation pour accroître l'information sur les droits d'auteur.

2.4. Contexte juridique

2.4.1. Justification du droit d'auteur

Traditionnellement, l'argument central justifiant le droit d'auteur est l'auteur lui-même : il a créé son œuvre et nourrit une relation idéelle avec celle-ci. Il doit dès lors pouvoir décider seul du destin de sa création. C'est pourquoi l'auteur dispose de droits étendus d'utilisation et de gestion, et de droits moraux. Par conséquent, toute utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur présuppose l'autorisation de l'auteur, celle de ses ayants cause ou celle d'une personne autorisée. Dans le souci de contrebalancer cette position dominante et de créer un juste équilibre des intérêts, le législateur a prévu toute une série de restrictions. Ainsi, la protection du droit d'auteur prend fin 70 ans après le décès de l'auteur. Les œuvres pour lesquelles il existe un intérêt public à pouvoir être diffusées librement ne sont pas protégées (art. 5 LDA). Enfin, le chapitre 5 de la loi sur le droit d'auteur comprend un catalogue de restrictions visant la réalisation de l'équilibre susmentionné. Celles-ci ont une valeur constitutionnelle. Dans son arrêt ATF 131 III 480 (490), le Tribunal fédéral fournit, en substance, les explications suivantes à ce sujet : l'art. 25 LDA fait partie des dispositions définissant les restrictions du droit d'auteur (art. 19 à 28 LDA), qui limitent les droits exclusifs de l'auteur dans l'intérêt de la collectivité ou de certains cercles d'utilisateurs. Ces dispositions ont permis au législateur de résoudre les collisions entre différents droits fondamentaux conférés par la Constitution de manière à contrebalancer les intérêts divergents en présence. Dans le cas de l'art. 25 LDA, il s'agit, d'une part de la garantie de la propriété (art. 26, al. 1, Cst.; VALLENDER, St. Galler Kommentar, nm. 18 concernant l'art. 26 Cst.) et, d'autre part, des libertés d'opinion et

d'information (art. 16 Cst.) et de la liberté des médias (art. 17 Cst.; MACCIACCHINI, loc. cit., p. 184). Ce rapport de tension entre droit d'auteur et droits fondamentaux, dont le législateur a tenu compte dans la formulation de l'art. 25 LDA, peut être pris en considération dans l'interprétation et l'application de cette disposition (selon le principe de l'interprétation conforme à la Constitution : ATF 129 II 249 consid. 5.4; ATF 128 V 20 consid. 3a avec indications). Les auteurs peuvent cependant aussi tirer avantage des restrictions. Sans elles, la science et l'enseignement auraient été freinés dans leurs activités. Il arrive souvent, en effet, que le titulaire des droits se trouve aussi dans la position de l'utilisateur. Pratiquement aucun auteur, qu'il soit écrivain, musicien, sculpteur ou architecte, ne crée une œuvre sans se référer à des œuvres existantes, et il ne pourrait pas le faire si les exceptions au droit d'auteur n'existaient pas.

D'un point de vue économique, le droit d'auteur pose les conditions *sine qua non* à l'existence d'un marché des biens culturels opérant. La possibilité d'exclure des tiers, pendant une certaine période, de l'utilisation d'une œuvre permet d'amortir les investissements consentis et offre une incitation à la création de nouvelles œuvres. Il importe toutefois que le droit d'auteur soit aménagé de sorte à préserver, pour toutes les parties impliquées, un équilibre entre les coûts et les bénéfices et, enfin, que les avantages économiques et sociaux prédominent dans l'ensemble.

2.4.2. Impératifs en matière de droits de l'homme

La protection du droit d'auteur possède également une dimension des droits de l'homme. Dans sa nouvelle jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que la propriété intellectuelle est garantie dans le cadre de la protection de la propriété (1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, CEDH) et que les Etats membres à la Convention ont certains devoirs concernant sa protection. Ce faisant, ils ne doivent cependant pas perdre de vue que la liberté de communiquer, qui est opposée à la protection de la propriété intellectuelle, est également garantie par les droits de l'homme. Internet joue un rôle important dans l'accès du public aux nouveautés ainsi que dans l'échange et la diffusion d'informations. De l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, les exploitants de plateformes de partage de fichiers comme Pirate Bay peuvent ainsi également invoquer la liberté d'opinion (art. 10 CEDH), et ce, en dépit d'une éventuelle recherche de profit. La protection des droits d'auteur peut certes justifier une limitation de l'art. 10 de la Convention, mais il convient de ne pas négliger le principe de la proportionnalité. Dans le cas de Pirate Bay, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que des sanctions sévères (emprisonnement et dommages-intérêts à hauteur de plusieurs millions) étaient proportionnelles, d'autant plus que les exploitants de cette plateforme n'avaient, malgré des

sommations pressantes, rien entrepris pour supprimer les fichiers torrent illicites. La Cour octroie pour l'heure une marge de manœuvre considérable aux autorités nationales concernant les mesures prises contre les personnes impliquées directement, en premier lieu pour des raisons commerciales, dans des atteintes au droit d'auteur.

La liberté de recevoir et de communiquer des informations bénéficie en revanche d'une protection plus forte lorsque l'Etat bloque, dans le cadre de mesures prises contre des offres indésirables ou illégales, également l'accès à des contenus licites. La Cour a dès lors jugé contraire à la Convention la décision des autorités turques d'arrêter un blocage provisoire complet de l'accès à sites.google.com en vue de lutter contre un site offensant la réputation d'Atatürk. De l'avis de la Cour européenne, la CEDH n'exclut pas a priori des décisions de blocage, mais requiert qu'elles soient fondées sur une base légale suffisamment précise. De plus, le contrôle de ce type de mesures par la justice nationale doit être aménagé de manière particulièrement efficace afin d'éviter tout caractère arbitraire. La Cour a critiqué en particulier la procédure de la justice turque, qui s'était tout simplement fiée à l'autorité des télécommunications, sans même prendre en considération des mesures entraînant des dommages collatéraux moins incisifs.

2.4.3. Droit d'auteur et Internet

2.4.3.1. Rétrospective

L'entrée en vigueur de la loi sur le droit d'auteur du 9 octobre 1992 marque la conclusion d'un processus qui aura duré plus de trente ans. La révision visait à adapter la protection du droit d'auteur aux développements économiques et technologiques intervenus depuis le décret de la loi en 1922. La protection des interprètes, des producteurs et des organismes de diffusion, la protection des programmes d'ordinateur et la règlementation des utilisations de masse incontrôlables résultant de l'avènement de la photocopieuse et des cassettes audio constituaient les principales nouveautés.

Quatre ans plus tard, deux nouveaux traités sont conclus à l'échelle internationale, le Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Ils réglementent la protection des droits d'auteur et des droits voisins en lien avec les technologies transfrontalières de la communication, telles qu'Internet. Ces deux traités ont permis de réagir relativement rapidement aux nouveaux enjeux, mais ils se fondent sur le fonctionnement du Web 1.0, dans le cadre duquel les internautes agissaient, dans une large mesure, comme de simples consommateurs. C'est pourquoi le droit que prévoient les traités Internet de l'OMPI est

celui de mettre à disposition une œuvre, par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Ils définissent également la protection des mesures techniques (p. ex. dispositifs anticopie) contre leur contournement afin de prévenir les utilisations illicites.

2.4.3.2. Révision partielle de la loi sur le droit d'auteur

La loi sur le droit d'auteur a été adaptée à l'ère du numérique avec la révision partielle de 2008 qui avait pour but de transposer, dans le droit suisse, le standard de protection prescrit par les traités Internet de l'OMPI. La mise en œuvre relativement tardive a eu un effet secondaire positif dans le sens où certaines innovations dans la manière d'utiliser Internet ont pu être prises en compte puisque la loi améliore non seulement la protection légale, mais s'enrichit aussi de plusieurs restrictions du droit d'auteur, comme celle en faveur de l'utilisation des productions d'archives des organismes de diffusion. L'utilisation d'Internet est passée entretemps d'une structure majoritairement hiérarchique à une structure collaborative (Web 2.0), qui est caractérisée par une participation active de l'internaute. Il suffit de penser aux réseaux sociaux, aux blogs, aux wikis, etc.

La révision a introduit plusieurs nouveautés. Ainsi, la loi reconnaît expressément, dans l'intérêt des titulaires de droits, le droit de mettre des œuvres et d'autres contenus protégés à disposition sur Internet et prévoit une protection des mesures techniques et des informations sur le régime des droits. Elle institue, en contrepoids, un observatoire des mesures techniques, lequel est chargé d'étudier les effets des mesures techniques sur les restrictions du droit d'auteur et de rendre compte de ses observations. De plus, la loi introduit toute une série de nouvelles exceptions au droit d'auteur.[41] Celles-ci tiennent compte des nouveaux comportements des utilisateurs et viennent compléter l'actuelle restriction en faveur de l'usage à des fins privées[42], le but étant notamment d'éviter le double paiement lors de l'utilisation d'offres électroniques.

La nouvelle exception en faveur des reproductions provisoires nécessaires d'un point de vue technique et n'ayant aucun impact économique entraîne indirectement le besoin de clarifier la responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet (en anglais *Access Provider*). Dans son message, le Conseil fédéral avait toutefois renoncé à régler cette question pour tous les

---

[41] *Art. 22a LDA (utilisation des productions d'archives des organismes de diffusion), art. 22b LDA (utilisation d'œuvres orphelines), art. 22c LDA (mise à disposition d'œuvres musicales diffusées), art. 24a LDA (reproductions provisoires), art. 24b LDA (reproductions à des fins de diffusion), art. 24c LDA (utilisation par des personnes atteintes de déficiences sensorielles), art. 24, al. 1bis, LDA (exemplaires d'archives et copies de sécurité).*

[42] *Art. 19, al. 3bis, LDA (utilisation à des fins privées).*

différents fournisseurs de services Internet.[43] Il n'avait pas non plus restreint l'exception en faveur de l'usage privé inscrite à l'art. 19, al. 1, let. a, LDA à l'utilisation d'offres licites, motivant sa position par la difficulté de distinguer les sources légales des sources illégales. En 2007, le Parlement a débattu de manière approfondie sur l'exigence d'une source légale et l'a clairement rejetée.[44] En vertu du droit en vigueur, le téléchargement pour l'usage privé est donc autorisé même lorsqu'il est effectué à partir d'une source manifestement illégale.

2.4.3.3. Application des droits dans l'environnement numérique

Bien que le Conseil fédéral soit d'avis[45] que les principes généraux de responsabilité offrent des solutions satisfaisantes en matière de cybercriminalité, les titulaires des droits ont décidé de ne pas poursuivre les fournisseurs de services Internet et de se concentrer sur les personnes qui mettent à disposition, à large échelle, des contenus protégés par le droit d'auteur sans leur autorisation. La décision du Tribunal fédéral dite Logistep[46] a mis un terme à ce genre de procédures qui visaient en particulier les personnes qui mettent gratuitement des fichiers à disposition sur les sites de partage. Dans cette affaire, la Cour suprême a condamné la société Logistep SA qui récoltait des données de trafic, notamment les adresses IP, pour les enregistrer dans une base de données avant de les transmettre aux titulaires afin que ceux-ci puissent les utiliser pour la traque des violations de droits d'auteur. A l'aide de ces données, ces derniers motivaient leur plainte en violation du droit d'auteur, identifiaient l'abonné par le biais du droit de consulter des pièces en procédure pénale, puis utilisaient ces informations dans une procédure civile en vue de faire valoir des prétentions en dommages-intérêts. La portée de la décision du Tribunal fédéral a été diversement appréciée. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) est d'avis que, même après l'arrêt Logistep, il reste possible de traiter, de manière conforme à la protection des données, des données personnelles par des particuliers dans le cadre de poursuites pour violation du droit d'auteur commise sur Internet[47]. Les autorités de poursuite pénale, quant à elles, considèrent que l'arrêt en question ne permet pas de collecter des adresses IP dans le but de poursuivre des atteintes au droit d'auteur perpétrées sur Internet, même lorsque les données ont été récoltées à l'étranger dans le respect du droit sur la protection des données en vigueur dans le pays (point de vue du

---

[43] *Concernant les motifs, voir la réponse du Conseil fédéral à la motion 09.4222 Riklin « Responsabilité juridique des fournisseurs Internet ».*

[44] *BO 2007 N 1205, http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4718/251508/f_n_4718_251508_251590.htm.*

[45] *La doctrine n'est pas uniforme à ce sujet. Cf. BRINER, ROBERT, Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, sic! 2006, p. 383 ss; ROSENTHAL, DAVID, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter, Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner, sic! 2006, p. 511 ss; FRECH, PHILIPP, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, 2009, p. 327 ss.*

[46] *ATF 136 II 508.*

[47] *www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00154/00986/index.html?lang=fr.*

procureur du canton de Zurich). Dans les faits, l'arrêt Logistep a donc paralysé, en Suisse, l'application des droits d'auteur dans le domaine de l'Internet pair-à-pair.

2.4.4. Prise de position du représentant américain au commerce

Le lobby américain de l'industrie du divertissement avait déjà critiqué la révision partielle de la loi sur le droit d'auteur de 2008 comme étant insatisfaisante et incompatible avec les obligations internationales de la Suisse.[48] De son point de vue, l'arrêt Logistep a accentué le problème et créé un havre pour les contrevenants au droit d'auteur.[49] La situation en Suisse a en outre incité un groupe informel de membres du Congrès américain, qui représente les intérêts de l'industrie américaine du divertissement dans le domaine de la lutte contre le piratage, à inscrire notre pays sur sa liste des pays à surveiller.[50] Malgré cette pression considérable, le représentant américain au commerce n'a, à ce jour, pas donné suite aux requêtes de l'industrie américaine du divertissement et n'a pas inscrit la Suisse, compte tenu de ses arguments, sur la liste officielle des paradis numériques.[51] Il a toutefois clairement souligné qu'il existe de sérieuses inquiétudes à l'égard de notre pays et que les résultats du groupe de travail AGUR12 seraient suivis de près.[52]

2.4.5. Réglementation de la gestion collective

La gestion collective obligatoire concerne les utilisations pour lesquelles les ayants droit n'ont pas la possibilité, pour des motifs pratiques ou légaux, de gérer individuellement leurs droits. La concurrence ne jouant aucun rôle dans ce secteur, la multiplicité des sociétés dans le domaine de la gestion des droits n'apporte aucun avantage et peut au contraire conduire à de graves dysfonctionnements dans les rapports juridiques.[53] C'est pour cette raison que le législateur leur a généralement conféré le monopole légal. En contrepartie, il a fixé des exigences relatives à leur activité et les soumet à la surveillance de l'IPI (surveillance sur la gestion des affaires) et de

---

[48] *www.iipa.com/rbc/2008/2008SPEC301SWITZERLAND.pdf.*

[49] *www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301SWITZERLAND.PDF.*

[50] *www.ifpi.ch/tl_files/ifpi_2010/artikel/inhalte/Congressional_Anti_Piracy_Caucus_2012_Country_Watch_List.pdf.*

[51] *Cf. prise de position de la Suisse du 17 février 2012, http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2011-0021-0060.*

[52] *« The United States continues to have serious concerns regarding the inability of rights holders to secure legal redress in Switzerland in cases involving copyright piracy over the Internet. The United States strongly encourages Switzerland to demonstrate its commitment to copyright protection and to combating online piracy vigorously, including by taking steps to ensure that rights holders can protect their rights. The United States will be closely monitoring the results of the current AGUR12 («Arbeitsgruppe Urheberrecht 2012», or «Working Group on Copyright 2012») process as well as the Swiss Ministry of Economy (SECO)-led roundtable process.»; www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf.*

[53] *FF 1989 III 540.*

la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (surveillance des tarifs).

2.4.5.1. Contrôle sur la gestion administrative

Tout d'abord, les sociétés de gestion doivent être au bénéfice d'une autorisation d'exercer délivrée par l'IPI.[54] La loi prévoit que l'autorisation, en règle générale, ne sera accordée qu'à une seule société par domaine : une société pour la musique, une société pour la littérature, une société pour l'audiovisuel, etc.[55] La position de monopole des sociétés de gestion est donc incitée par la loi. Elle entraîne une importante simplification en permettant aux utilisateurs d'acquérir les droits auprès d'une seule adresse. Cette simplification facilite le respect de la propriété littéraire et artistique.

Autre aspect du contrôle sur la gestion : la loi définit certaines règles que les sociétés de gestion devront respecter : elles devront sauvegarder l'égalité de traitement, elles devront gérer leurs affaires de manière saine et économique, etc.[56] Il appartient à l'IPI de veiller à ce que les sociétés remplissent ces obligations. L'IPI devra aussi approuver le rapport d'activité des sociétés[57], de même que leurs règlements de répartition, c'est-à-dire les règles déterminant comment les redevances seront distribuées aux ayants droit.[58]

D'après l'art. 49 al. 1 LDA, les sociétés devront répartir le produit de leur gestion proportionnellement au rendement de chaque œuvre et de chaque prestation. En d'autres termes, il faudra rémunérer chaque bien protégé proportionnellement à ce que la société de gestion a encaissé pour lui. Mais, si cette répartition entraîne des frais excessifs, les sociétés de gestion pourront évaluer le rendement des œuvres et des prestations.[59] Parallèlement, l'art. 51 LDA oblige les utilisateurs à fournir aux sociétés tous les renseignements dont elles ont besoin pour la répartition. D'après cette disposition, une telle obligation n'existe toutefois que si son accomplissement peut raisonnablement être exigé des utilisateurs. En résumé, compte tenu des principes légaux, il faut distinguer deux types de répartition : d'une part, la répartition sur la base de listes d'œuvres effectivement utilisées; d'autre part, la répartition sur la base d'évaluations. Pour les deux, les dispositions réglementaires topiques devront être approuvées par l'IPI.

---

[54] *Art. 41 LDA.*
[55] *Art. 42, al. 2, LDA.*
[56] *Art. 45 LDA.*
[57] *Art. 53, al. 1, LDA.*
[58] *Art. 48, al. 1, LDA.*
[59] *Art. 49, al. 2, LDA.*

2.4.5.2. Contrôle sur les tarifs

Dans les domaines soumis à surveillance fédérale, les tarifs des sociétés, qui servent à calculer les redevances réclamées aux utilisateurs, font l'objet d'une procédure particulière : les sociétés doivent tout d'abord négocier leurs tarifs avec les associations représentatives des utilisateurs.[60] Si SUISA prépare un tarif pour les concerts, par exemple, elle devra le négocier avec les associations faitières d'organisateurs de concerts. Après négociation, les sociétés de gestion sont tenues de soumettre les tarifs à l'approbation de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins.[61] Celle-ci, outre trois membres neutres, comprend des représentants des sociétés de gestion et des associations représentatives d'utilisateurs.[62] Il s'agit donc d'un organe paritaire. Avant de se prononcer, la Commission arbitrale prendra l'avis du Préposé à la surveillance des prix[63], qui émettra un avis consultatif[64]. Pour rendre sa décision, elle s'appuiera sur les art. 59 et 60 LDA. Ensuite, il y aura une possibilité de recours au Tribunal administratif fédéral[65], puis au Tribunal fédéral[66]. Une fois approuvés, les tarifs sont publiés[67] et la loi prévoit qu'ils lient le juge dès leur entrée en vigueur[68].

Actuellement, on compte 58 tarifs différents approuvés par la Commission arbitrale[69], pour autant d'utilisations d'œuvres différentes. Cette diversité peut compromettre la transparence du système. Les sociétés de gestion elles-mêmes ont la volonté de simplifier leurs tarifs et d'en diminuer le nombre.[70] Il convient cependant de rappeler que les tarifs sont issus de négociations avec les associations représentatives d'utilisateurs. Dans la plupart des cas, ces négociations aboutissent à un accord.[71] Par conséquent, il faut présumer que la diversité et le contenu des tarifs correspondent aussi à certains besoins des utilisateurs d'œuvres et de prestations protégées. Afin de mieux tenir compte des particularités de tel ou tel groupe d'exploitants, il peut se justifier de créer un tarif spécifique ou contenant des règles différenciées parfois complexes. Les systèmes forfaitaires présentent certes l'avantage de la

---

[60] *Art. 46, al. 2, LDA.*
[61] *Art. 46, al. 2, et 55 LDA.*
[62] *Art. 56 LDA.*
[63] *TF, RSPI 1996, p. 437 ss, consid. 4, JdT 1995 I 277 (rés.).*
[64] *Art. 15, al. 2bis, LSPr.*
[65] *Art. 74, al. 1.*
[66] *Il s'agit d'un recours en matière de droit public : art. 82 let. a et art. 86 al. 1 let. a LTF; arrêt du TF dans l'affaire 2C_658/2008, consid. 1.1.*
[67] *Art. 46, al. 3, LDA.*
[68] *Art. 59, al. 3, LDA.*
[69] *www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/tarifs/vue-densemble.html.*
[70] *Par exemple, lors des négociations de l'année 2013, elles ont intégré le tarif commun T au sein du tarif commun E; de même, elles ont unifié les tarifs communs 4a, 4b et 4c pour créer un nouveau tarif commun 4.*
[71] *Par exemple, au début de l'année 2013, SUISA avait 17 tarifs à négocier. A la fin mai 2013, un accord avait pu être trouvé dans quinze cas. ProLitteris, quant à elle, a toujours pu trouver des accords lorsqu'elle négocie des tarifs.*

simplicité, mais ils nivellent souvent le rapport entre l'intensité de l'utilisation d'œuvres et le montant de la redevance à payer.

Lorsque plusieurs tarifs sont applicables à un même groupe d'utilisateurs, il est possible de passer des contrats qui renseignent le partenaire contractuel de manière transparente sur les conséquences des différents tarifs dans son cas particulier, et qui fixent une redevance globale à payer. Tel est le cas, par exemple, lorsque SUISA conclut un contrat collectif, c'est-à-dire une convention avec une association faîtière, qui règle globalement les obligations des membres de cette association.[72]

2.4.5.3. Problèmes posés par la procédure judiciaire d'approbation des tarifs

Comme expliqué ci-dessus[73], la procédure judiciaire d'approbation des tarifs est organisée selon un système de triple instance : la Commission arbitrale décide en premier, puis des recours sont possibles d'abord au Tribunal administratif fédéral, ensuite au Tribunal fédéral. Il peut en découler de longues procédures lorsque le tarif est litigieux.

Ces longueurs peuvent être problématiques à plusieurs égards. Tout d'abord, à supposer que la redevance puisse être encaissée durant la procédure de recours, les sociétés de gestion ne pourront pas la répartir aux ayants droit, car elles devront la rembourser aux utilisateurs si le tarif est annulé à la fin de la procédure. En pratique, l'encaissement est cependant souvent bloqué parce que le juge instructeur du Tribunal administratif fédéral ordonne un effet suspensif.[74] Cela pose alors d'autres difficultés : les sociétés de gestion (donc les ayants droit) supportent le risque d'insolvabilité si, par exemple, un utilisateur tombe en faillite durant la procédure de recours; de même, les utilisateurs doivent constituer des provisions pour être en mesure d'exécuter leurs obligations si le tarif, malgré le recours, entre en vigueur à la date prévue par la Commission arbitrale.[75] Enfin, la longueur des procédures peut être un obstacle pour les négociations tarifaires elles-mêmes. Dans les domaines où l'évolution technique est rapide, il arrive que la durée de validité d'un tarif soit relativement brève (p. ex. 18 mois ou deux ans). Cela est fréquemment souhaité par les associations d'utilisateurs elles-mêmes. Par conséquent, si le tarif est litigieux, il se peut que la procédure de recours soit toujours pendante, alors que les parties doivent déjà négocier un tarif pour la période suivante. Dans ces conditions, il est quasiment impossible que les nouvelles négociations conduisent à un accord; la Commission arbitrale devra alors rendre une nouvelle décision, sans connaître l'avis de

---

[72] *SUISA a passé un contrat collectif, par exemple, avec la Fédération suisse de gymnastique ou avec l'Association suisse de football.*

[73] *Voir ch. 2.4.5.2.*

[74] *Art. 74, al. 2, LDA.*

[75] *Laquelle sera en principe antérieure à la date de la décision de l'autorité de recours.*

l'instance supérieure sur les questions litigieuses. Elle confirmera donc en pratique sa première décision, ce qui conduira à de nouveaux recours.

D'après l'art. 9, al. 2, de l'ordonnance sur le droit d'auteur (ODAu), les demandes d'approbation d'un nouveau tarif doivent être présentées à la Commission arbitrale au moins sept mois avant l'entrée en vigueur prévue dudit tarif. Ce délai permet à la Commission d'organiser la procédure, de recueillir les déterminations des parties, l'avis du Préposé à la surveillance des prix et enfin de rendre sa décision. L'ODAu prévoit que celle-ci est d'abord notifiée par oral à la fin de la séance ou sous la forme d'un simple dispositif écrit.[76] La décision motivée par écrit est notifiée par la suite, en pratique quelques mois après la date prévue d'entrée en vigueur du tarif (dans les affaires litigieuses).

Dans le cadre de l'examen du dossier, la Commission arbitrale ne mène en général aucune procédure probatoire, la raison étant un manque de ressources au sein de son secrétariat.

2.4.6. Critique à l'encontre du droit d'auteur

Malgré l'existence de bonnes raisons parlant en faveur du droit d'auteur et le juste équilibre des intérêts en jeu proposé par le Parlement lors des dernières révisions de la loi sur le droit d'auteur, celui-ci fait l'objet de nombreuses critiques, et ce pour divers motifs. La littérature met en cause le fait que le droit d'auteur se soit éloigné de son objectif primaire – la protection des auteurs –, puisqu'aujourd'hui il profite apparemment en premier lieu à l'industrie des exploitants.[77] On mentionne en outre un assouplissement des conditions de protection, induisant une prolifération des objets protégés par le droit d'auteur[78], une large méconnaissance des intérêts des utilisateurs[79], des efforts de codification désordonnés et le durcissement unilatéral des peines qui les accompagne[80]. Reste à savoir si cette analyse est correcte, et dans quelle mesure, ou si les motifs de cette crise de légitimité ne résident pas plutôt dans l'opposition marquée entre la nécessité de la protection juridique et l'impossibilité, dans les faits, de protéger les œuvres. Il en résulte en tous les cas une perte au niveau de l'acceptation, qui indique qu'il y a nécessité d'agir.

---

[76] *Art. 16 ODAu.*

[77] *HANSEN, GERD, Warum Urheberrecht ?, Abhandlungen zum Urheber- und Kommunikationsrecht, vol. 53, 2009, p. 441. Dans la littérature spécialisée, on se pose également la question de savoir si le droit d'auteur entrave la recherche et l'enseignement: PFEIFER, KARL-NIKOLAUS, Urheberrechtliche Rahmenbedingungen in Open Access-Konzepten in : PFEIFER / GERSMANN (éd.) : Forschung und Lehre im Informationszeitalter – zwischen Zugangsfreiheit und Privatisierungsanreiz, Berlin 2007, 39 ss; SANDBERGER, GEORG, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu den wissenschaftlichen Publikationen ? ZUM 2006, p. 818 ss; HILTY, RETO M., Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht ? GRUR 2009, 636 ss; EGLOFF, WILLI, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, p. 705 ss.*

[78] *HANSEN, p. 440.*

[79] *HANSEN, p. 441.*

[80] *HANSEN, p. 441.*

3. Revendications

Le présent chapitre présente sous forme tabulaire les revendications émises pendant les travaux du groupe de travail, accompagnées du nom des organisations en faveur ou en défaveur de la proposition et parfois de remarques. Le tableau permet d'avoir une vue d'ensemble de la diversité des intérêts en présence. En application des critères énumérés au chapitre 8 et compte tenu des objectifs fixés au chapitre 7, l'AGUR12 a sélectionné, parmi la multitude de ces revendications, ses **propositions**, qui **sont formulées au chapitre 9** du présent rapport.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.1	Responsabilité civile causale des fournisseurs de services Internet pour des atteintes au droit d'auteur.	Les fournisseurs de services Internet doivent répondre de violations du droit d'auteur en relation avec leurs activités même si aucune faute ne leur est imputable, sauf s'ils prouvent qu'ils ont pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour éviter les violations.	Les fournisseurs de services Internet ne constituent pas une menace particulière qui justifierait une responsabilité causale. Un accord passé sur une base volontaire constituerait une solution plus judicieuse. L'idée d'une exonération totale de la responsabilité est aussi rejetée.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.2	Suppression de l'art. 60, al. 1, let. a, LDA.	L'indemnité provenant de la gestion collective ne doit plus être calculée sur la base des frais occasionnés par l'utilisation.	Les frais occasionnés par l'utilisation servent de base de calcul pour l'indemnité lorsqu'aucune recette n'est générée. Cette réglementation s'est révélée concluante dans plusieurs tarifs (TC 8/9, TC 4a-f).	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.3	Ajout à l'art. 60 LDA (al. 2bis *nouveau*) : « La rémunération au sens de l'art. 20, al. 2 et 3, doit être fixée de telle sorte que les recettes dont sont privés les ayants droit en raison de la restriction des droits de reproduction soit compensées de manière équitable. » *(N.d.T: traduction libre d'une proposition formulée en allemand)*		Il n'est guère possible de déterminer ces recettes. En outre, cette disposition était la condition pour la reconnaissance des droits voisins. La proposition est contraire à l'art. 1 de la Convention de Rome et à l'art. 1 du WCT.	Suisseculture, AudioVision Suisse.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.4	Allongement de la durée de protection des droits voisins de 50 à 70 ans.	Il s'agit d'adapter le droit suisse au droit européen. La disparité des durées de protection complique la conclusion d'accords de réciprocité avec des sociétés de gestion étrangères, ce qui a pour conséquence de priver les ayants droit suisses de recettes. Il en découle en outre un désavantage pour la production de musique et de films en Suisse.	L'allongement de la durée de protection ne génère pas d'incitations supplémentaires à la création d'œuvres. Il ne sert en fin de compte que les intérêts particuliers de l'industrie de la musique et en aucun cas ceux des artistes. Il n'y a donc pas lieu d'allonger la durée de protection.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.5	Uniformité des règles régissant la protection des titulaires de droits étrangers dans le domaine des droits voisins.	Mettre fin, partout où cela est possible, à l'automatisme de l'égalité de traitement entre les titulaires de droits étrangers et les titulaires de droits suisses. Ce principe ne doit s'appliquer que dans les cas où les Etats dont ces titulaires sont ressortissants accordent les mêmes droits aux titulaires de droits suisses.	Si l'on changeait cette règlementation, de nombreuses rémunérations qui devraient être versées aux interprètes étrangers resteraient en Suisse et reviendraient indirectement aux artistes suisses. Il faut régler bilatéralement, entre la Suisse et l'UE, le problème des comédiens suisses qui ne perçoivent pas de rémunération des productions françaises au lieu de substituer le principe du traitement national par celui de la réciprocité.	Suisseculture, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.6	Raccourcissement de la voie judiciaire dans la procédure d'approbation des tarifs.	Introduire la possibilité de faire recours directement devant le Tribunal fédéral contre les décisions de la Commission arbitrale sans devoir saisir précédemment le Tribunal administratif fédéral.	Tout effort visant à accélérer, à simplifier et à rendre plus efficaces et plus avantageuses les procédures mérite d'être soutenu. Le Tribunal fédéral ne peut toutefois pas procéder à une libre appréciation de l'établissement des faits (art. 97 LTF). Il n'est dès lors pas possible de faire l'impasse sur le Tribunal administratif fédéral lequel permet d'accroître la sécurité du droit.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.7	Améliorer la participation des utilisateurs.	Utiliser des codes électroniques uniformisés pour satisfaire à l'obligation de renseigner les sociétés de gestion. Une partie des utilisateurs est en faveur d'une réglementation au niveau de l'ordonnance, une autre partie soutient l'idée de formulaires numériques uniformisés pour toutes les sociétés de gestion sans modification du droit.		Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, economiesuisse, USAM.	DUN.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.8	Création, pour les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants, d'un droit à rémunération auquel il ne peut être renoncé (art. 16a LDA *nouveau*).		Difficilement applicable, cette proposition ne contribue pas à la sécurité juridique. On peut craindre que les tribunaux aient grand peine à examiner l'adéquation d'une rémunération convenue avec l'auteur. Cette proposition pose des problèmes inutiles dans certains rapports de travail (journalistes) parce qu'elle crée une réglementation différente par rapport à celle régissant le contrat de travail dans le CO. La cession des droits d'auteur doit continuer à être régie par le principe de la liberté contractuelle appliqué en Suisse, qui a fait ses preuves. Le système allemand de la non-cessibilité du droit d'auteur et de la restriction de la cessibilité à certains droits voisins ne correspond pas à la pratique suisse. Si cette proposition était mise en œuvre, il faudrait obligatoirement régler, dans le CO, la question de la création d'une œuvre dans le cadre du contrat de travail. La grande majorité des auteurs/interprètes est liée par un contrat de travail; l'absence d'une réglementation de la cession des droits priverait les employeurs d'un outil de planification. Les auteurs n'auraient plus la liberté de renoncer à dessein à une rémunération dans certains cas précis (p. ex. les licences Creative Common).	Suisseculture.	DUN, economiesuisse, USAM, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.9	Création, pour les auteurs et les interprètes de films, d'un droit à rémunération auquel il ne peut être renoncé (art. 10bis LDA *nouveau*).	Les offres de VàD ont pris le relais des locations dans le domaine des films. Le régime juridique applicable à ces offres devrait être le même que celui régissant les locations selon la directive européenne : en plus du droit exclusif du producteur, il faut garantir un droit à rémunération au cinéaste. Ce droit, qui ne pourrait pas faire l'objet d'une renonciation, serait opposable aux exploitants de plateformes et exercé par les sociétés de gestion. Le producteur (ou le distributeur) continuera à détenir la compétence en matière d'exploitation, autrement dit la décision de savoir si un film est proposé sur une plateforme et à quelles conditions lui revient. Le droit à rémunération en faveur du cinéaste permettrait cependant de garantir que celui-ci perçoive, en tant que créateur, une indemnité équitable dans cette nouvelle forme d'exploitation de son œuvre et qu'il ne se retrouve pas les mains vides, lui qui est le dernier maillon de la chaîne de rétribution. Le Parlement européen a accueilli favorablement une proposition allant dans ce sens.	Cette proposition aurait pour conséquence une taxe supplémentaire pour les utilisateurs et une extension de la gestion collective. La proposition ne tient pas compte du fait qu'aujourd'hui, le commerce de location de fichiers de films sur Internet n'est pas organisé selon les mêmes structures que le système traditionnel des vidéothèques. Ce dernier se caractérise (caractérisait) par une multitude de vidéothèques dont les transactions de location ne pouvaient pas être enregistrées et réglées de manière numérique. La gestion collective faisait donc sens. Or, aujourd'hui, sur le marché numérique, les fournisseurs sont bien moins nombreux. En outre, ils ont techniquement la possibilité de faire un décompte détaillé des locations et des ventes de fichiers de films sur la base de contrats individuels. Il est probable que cette proposition se traduise dans un premier temps par une baisse des avances et qu'en fin de compte, les auteurs et les interprètes n'obtiennent pas plus de recettes.	Suisseculture.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.10	Définir en tant qu'exception au droit d'auteur la mise à disposition par des personnes physiques (art. 20a LDA *nouveau*) : « [1]Le droit de mettre à disposition une œuvre de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ne peut être exercé, à l'égard des personnes physiques, que par les sociétés de gestion agréées; les règles inscrites à l'art. 60 ne s'appliquent pas à la fixation de l'indemnité. [2]Si l'œuvre est mise à disposition avec l'aide d'un tiers qui met des services et des ressources de stockage à la disposition de la personne physique, le droit doit être exercé à l'égard de ce tiers. [3]Si le tiers n'a pas de siège en Suisse, le droit doit être exercé à l'égard de l'entreprise de services suisse qui a rendu possible l'accès aux services ou aux ressources de stockage du tiers. » *(N.d.T: traduction libre d'une proposition formulée en allemand)*	Le droit de mettre à disposition des œuvres isolées sur Internet doit être soumis à la gestion collective obligatoire, dans la mesure où il est exercé par une personne physique. On offre ainsi une solution aux particuliers pour légaliser leur comportement, tout en rémunérant les ayants droit. De plus, la lutte contre le piratage peut se concentrer sur les activités commerciales illicites des personnes morales.	Cette proposition de placer l'*upload* par des personnes physiques sous licence aurait un effet secondaire indésirable, à savoir « blanchir » également les portails de piratage et les sites d'hébergement de fichiers parce que les exploitants de ces plateformes pourraient prétendre que les utilisateurs de leurs services ne font rien d'illégal. Cette proposition aurait pour conséquence une extension de la gestion collective, alors qu'à l'ère du numérique, on assiste à un accroissement de la gestion individuelle au détriment de la gestion collective.	Suisseculture.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.11	Gestion collective de la mise à disposition d'œuvres musicales non théâtrales. Compléter l'art. 40, al. 1, let. a, LDA : « [1]Sont soumis à la surveillance de la Confédération : […] la gestion des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres, la gestion du droit exclusif de mettre ces œuvres à disposition depuis la Suisse de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement et la gestion du droit exclusif de confectionner des copies de ces œuvres à cette fin; *(N.d.T. : traduction libre d'une proposition formulée en allemand)* […]. »	Le système bien connu de la gestion collective pour les droits musicaux serait étendu au droit de mettre à disposition de la musique sur Internet. On faciliterait ainsi l'acquisition des droits pour les plateformes actives depuis la Suisse, ce qui favoriserait le développement de nouvelles offres légales.	Il est exagéré de définir une exception au droit d'auteur en faveur de la mise à disposition d'œuvres protégées pour le téléchargement; il serait par contre souhaitable de prévoir une exception en faveur du *streaming*. Selon la pratique judiciaire actuelle, les titulaires des droits bénéficient de la double rémunération. Selon le droit actuel, les auteurs ont trois possibilités à choix pour exercer leurs droits : (a) la gestion individuelle, (b) la cession volontaire à la SUISA ou (c) le recours facultatif à une maison d'édition musicale qui gère leur répertoire. La proposition priverait les compositeurs de la possibilité de bénéficier des services des maisons d'édition et restreindrait de ce fait leur potentiel de développement économique.	Suisseculture.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.12	Introduction du droit de prêt pour les œuvres électroniques et les œuvres imprimées.	Rémunération pour le prêt d'œuvres numériques et analogiques (car aujourd'hui encore, en Suisse, le prêt ne donne droit à aucune indemnité). (Voir Annexe 1, prise de position Suisseculture, ch. 12.)	Il convient de rejeter cette indemnité tant que le prêt est gratuit. Il s'agit d'un service des bibliothèques qui profite également aux titulaires des droits (publicité pour les auteurs). Introduction uniquement si la redevance actuelle est baissée. La mise à disposition numérique d'œuvres est soumise à autorisation. Il n'y a aucun intérêt économique à introduire une indemnité obligatoire pour le prêt gratuit.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.13	Introduction, en Suisse, d'une protection pour les photographies dépourvues de caractère individuel (conformément à ce qui existe en Allemagne).	L'arrêt Meili du Tribunal fédéral et le récent jugement du tribunal de commerce du canton d'Argovie (Hayek) montrent que les photographies qui seraient protégées en vertu du droit allemand restent sans protection en Suisse. Le droit de la concurrence ne prévoit aucun droit moral, et il est possible de le contourner par la fourniture d'une prestation minime. (Voir Annexe 1, prise de position Suisseculture, ch. 13.)	La protection actuelle découlant du droit de la concurrence est suffisante. Les exigences du Tribunal fédéral en matière de protection des photographies par le droit d'auteur sont si minimes que celui-ci s'applique d'ores et déjà aux clichés qui seraient protégés aux termes de la loi allemande. L'introduction d'un droit voisin en faveur des photographies soulèverait des problèmes de délimitation avec la protection conférée par le droit d'auteur; et imposerait en plus au juge de prendre des décisions d'ordre artistique.	Suisseculture.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.14	Blocage des adresses IP/DNS.	Bloquer l'accès aux sites qui proposent, sans licence, des contenus au téléchargement ou en *streaming* ou des collections de liens vers des fichiers d'hébergeurs Internet ou des torrents renvoyant vers des réseaux pair-à-pair. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 1.1. pour lire la revendication dans son intégralité.)	Bloquer l'accès à de tels sites est déjà possible selon le droit actuel si une autorité étatique confère la compétence aux fournisseurs d'accès de prendre des mesures correspondantes. Dans les cas de violations manifestes des droits d'auteur, les tribunaux suisses ont la compétence, selon le droit en vigueur, d'ordonner les mesures de verrouillage exigées. Il n'incombe pas aux fournisseurs de services Internet de vérifier la légalité des comportements de tiers. Ces blocages peuvent du reste avoir de graves conséquences pour les tiers et leur causer d'importants dommages, deux raisons de plus de les rejeter.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.15	Devoir de diligence pour les hébergeurs Internet.	Les hébergeurs Internet sont appelés à agir contre les utilisateurs qui détournent leurs services pour perpétrer des violations de droits d'auteur à grande échelle et ne doivent pas les encourager dans cette entreprise. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 1.2. pour lire la revendication dans son intégralité.)	Il faut encourager les initiatives d'autorégulation prises en coopération avec les producteurs dans le cadre de codes de déontologie. En Suisse, ce secteur s'autorégule : les devoirs des hébergeurs en matière de responsabilité ont été définis dans un code de déontologie élaboré en coopération avec les producteurs. Il convient de rejeter toute obligation légale qui irait au-delà et qui dépasserait de surcroît les obligations correspondantes prévues par le droit européen.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, USAM.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.16	Modèle des messages d'avertissement.	Sur indication du titulaire de droits, le fournisseur d'accès à Internet envoie un message d'avertissement à l'utilisateur (prétendument) fautif d'un réseau pair-à-pair et suspend, le cas échéant, sa connexion. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 1.3. pour lire la revendication dans son intégralité.)	Ces modèles occasionnent en général des coûts élevés, et leur efficacité est contestée. En outre, leur introduction en Suisse n'est pas possible sans adaptation de lois fédérales. On peut aussi se poser la question de savoir si les messages d'avertissement envoyés aux utilisateurs fautifs passeraient l'examen du principe constitutionnel de la proportionnalité. En tant que partie d'une solution de compromis, il convient néanmoins de les prendre en considération.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.17	Introduction d'une procédure civile accélérée (raccourcie et simplifiée).		En quoi une procédure civile intentée pour violation de droits d'auteur serait-elle différente d'un autre procès civil ? Les intérêts des auteurs et des titulaires de droits voisins ne sont par exemple pas supérieurs aux droits de la personnalité des personnes physiques pour lesquels le droit correspondant ne prévoit pas non plus de procédure spéciale. Si l'urgence le commande, il y a la possibilité de requérir des mesures provisionnelles.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.18	Obtention simplifiée de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure civile.	Dommages-intérêts légaux, suppléments aux indemnités ordinaires en cas de violation de droits d'auteur.	Les voies de droit définies dans la législation en matière de propriété intellectuelle pour faire appliquer les droits des titulaires suffisent amplement. Il n'est pas possible de modifier le droit régissant les dommages-intérêts pour un secteur seulement (unité de l'ordre juridique).	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.19	Dispositions pénales du droit d'auteur : système d'amendes simplifié et introduction de mesures éducatives pour les auteurs de violations qui sont mineurs.		Prévoir un système d'amendes simplifié dans les dispositions pénales du droit d'auteur serait très problématique constitutionnellement parlant.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.20	Mise en place d'une assistance centrale pour les autorités cantonales pénales ou création d'une compétence fédérale pour la poursuite des infractions à la loi sur le droit d'auteur.		Ces mesures auraient pour conséquence une modification indésirable du système fédéral. Pourquoi existerait-il des intérêts particuliers dans les dispositions pénales du droit d'auteur ?	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.21	Création de tribunaux spécialisés pour le domaine du droit d'auteur.		Il convient de rejeter les propositions visant à modifier les compétences fédérales, car il est impossible de les limiter à un seul secteur (unité de l'ordre juridique). Aujourd'hui déjà, ce sont les cours suprêmes cantonales ou les tribunaux de commerce cantonaux qui ont compétence pour connaître les procès en matière de droits d'auteur. Ces juridictions possèdent suffisamment de compétences et de routine. Si l'on a créé un Tribunal fédéral des brevets, c'est parce que des connaissances techniques solides sont nécessaires pour juger des affaires dans ce domaine, ce qui n'est pas le cas pour le droit d'auteur.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.22	Procédures simplifiées, gratuites et accélérées pour les auteurs et les artistes victimes d'atteintes aux droits d'auteurs.		La mise en place nécessiterait une modification du code de procédure civile. Il convient de rejeter les propositions visant à modifier le droit procédural, car il est impossible de les limiter à un seul secteur (unité de l'ordre juridique). Aucune raison ne justifie d'avantager les artistes par rapport à d'autres catégories de personnes en matière de procédures civiles.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.23	Obligation, pour les fournisseurs de services de paiement et de publicité ainsi que pour les annonceurs de cesser tout rapport professionnel avec des clients et des intermédiaires fautifs ayant été identifiés et dénoncés.		La proposition est problématique du point de vue de la protection des données. Là aussi, la question se pose de savoir pourquoi les auteurs et les interprètes auraient besoin d'une protection particulière. Des codes de conduite passés sur la base d'ententes volontaires méritent d'être soutenus, alors que les modifications de lois doivent être rejetées.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.24	Collaboration avec les moteurs de recherche.	Les services en ligne proposant des contenus sans licence ne devraient pas apparaître dans les résultats proposés par les moteurs de recherche; ceux-ci devraient référencer uniquement des fournisseurs légaux (suppression de la liste de résultats, *De-Listing*).	Cette proposition est problématique eu égard à la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst.) et à la liberté économique (art. 27 Cst.). La suppression de pages entières de la liste de résultats pourrait avoir pour conséquence de faire disparaître des contenus légaux.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.25	La Confédération devrait promouvoir l'information sur la protection des droits d'auteur et des droits voisins dans le but de soutenir l'utilisation d'œuvres provenant de sources légales.	Contribuer à aiguiser la conscience de la population est certainement dans l'intérêt de tous; lorsqu'il existe une base légale, il faut qu'elle soit généralement reconnue et respectée.	Certes louable, la proposition est contraire à la pratique du Tribunal fédéral et au point de vue des sociétés de gestion sur l'art. 19, al. 3bis, LDA. Envisageable tant qu'elle n'a pas d'impact sur la concurrence. La Confédération ne devrait pas supporter (à elle seule) les coûts.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, USAM.	DUN, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.26	Promouvoir la connaissance de la protection de la propriété intellectuelle par le biais de campagnes d'information, de la création d'un label « fair paid artist » qui permettrait aux consommateurs d'identifier les offres proposées sous licence (listes noires/blanches, également pour les parents), etc.	Contribuer à aiguiser la conscience de la population est certainement dans l'intérêt de tous; lorsqu'il existe une base légale, il faut qu'elle soit généralement reconnue et respectée.	Certes louable, la proposition est contraire à la pratique du Tribunal fédéral et au point de vue des sociétés de gestion sur l'art. 19, al. 3bis, LDA.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, economiesuisse.	DUN, FRC, kf, SKS.
3.27	Il faut interdire les copies à des fins privées confectionnées à partir de sources manifestement illégales et punir la confection intentionnelle de telles copies.	Le législateur a pris une mauvaise décision stratégique en légalisant le téléchargement à partir de sources illégales. Les utilisateurs suisses n'ont du coup pas été encouragés à développer une attitude critique par rapport aux offres illégales et aux dommages qui en résultent et considèrent qu'il est tout naturel de se procurer de la musique et des films par le biais de telles offres « gratuites ». Cette situation porte directement préjudice aux artistes et aux producteurs et empêche, à long terme, l'émergence, le développement et le succès de modèles d'affaires légaux novateurs. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 4.3. pour lire la revendication dans son intégralité.)	Le cadre légal existant est tracé dans les art. 19/20 LDA; il s'agit d'une solution équilibrée qui tient compte des intérêts aussi bien des titulaires des droits que des utilisateurs (consommateurs). Restreindre l'exception en faveur de l'usage privé équivaudrait à un changement de paradigme et ne doit être considéré, tout au plus, que dans le cadre d'une solution globale équilibrée et rejeté en tant que solution isolée.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	Suisseculture, DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.28	Clarifier et confirmer l'illicéité (art. 10 en relation avec art. 19, al. 3, let. d, LDA) de l'enregistrement d'œuvres protégées par le droit d'auteur exécutées en public (cinéma, concert, lecture, etc.) et de la mise à disposition ultérieure notamment sur Internet.	Interdiction du *camcording*.	L'art. 5 LCD offre une protection suffisante.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.29	Allonger la peine privative de liberté à cinq ans lorsque des techniques de contournement sont proposées par métier, faire de la mise en circulation de tels moyens une infraction poursuivie d'office et abroger l'art. 39a, al. 4, LDA.		Compléter la réglementation actuelle par l'ajout d'un art. 28bis et d'un art. 69b LDA. L'abrogation de l'art. 39a, al. 4, LDA constituerait une violation grave des art. 16, 17, 20, 21 et 27 Cst. (voir aussi ATF 131 III 480 (490)).	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	Suisseculture, DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.30	Blocage des adresses IP des fournisseurs étrangers de logiciels de contournement.		Bloquer les adresses IP constitue une intervention disproportionnée pour les cas d'actes préparatoires à la perpétration d'une violation de droits d'auteur.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.31	Obligation de renseigner des fournisseurs de services Internet à l'égard des titulaires des droits.	Il convient de créer une base légale permettant aux titulaires des droits de demander, par le biais d'une simple requête civile, que les fournisseurs de services Internet identifient les abonnés qui enfreignent le droit d'auteur et de traiter les données indispensables à cette identification. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 6. pour lire la revendication dans son intégralité.)	La praticabilité d'une telle réglementation est sujette à caution. Cette obligation battrait en brèche le secret des télécommunications; elle ne devrait être applicable que dans les cas de violation très graves.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.32	Inscrire, dans la loi sur le droit d'auteur, le principe de l'épuisement national ou le principe d'épuisement international sur une base de réciprocité.	Du droit actuel découle une autodiscrimination de la Suisse, en particulier par rapport à l'UE : à la différence de leurs collègues européens, les vendeurs suisses ne peuvent distribuer des DVD et des CD licenciés que dans le petit marché helvétique, mais pas dans les pays voisins. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 7. pour lire la revendication dans son intégralité.)	L'épuisement international s'est imposé dans le droit d'auteur, le droit des marques et le droit des designs. La nécessité d'une telle proposition n'est pas non plus établie. La proposition a pour conséquence un isolement indésirable du marché. La proposition n'est pas opportune et difficilement praticable, en particulier dans l'environnement d'Internet.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.33	Limitation de la confection, par des tiers, de copies réservées à l'usage privé.	Il convient de préciser, dans la loi, la confection, par des tiers, de copies réservées à l'usage privé en tenant compte des impératifs de l'ère du numérique par une réglementation compatible avec le test des trois étapes. Autrement dit, ces limitations et exceptions sont autorisées si elles se limitent à certains cas spéciaux, si elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre et si elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires des droits. (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 8. pour lire la revendication dans son intégralité.)	La réglementation actuelle prévue aux art. 19/20 LDA est le résultat d'une pondération des intérêts. Il appartient aux tribunaux de régler juridiquement la question de la télévision de rattrapage (*Catch up*-TV).	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	Suisseculture, DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.34	Suppression de l'art. 60, al. 2, LDA.	La rigidité de la définition du montant de l'indemnité à 10 % pour les droits d'auteur et à 3 % pour les droits voisins est incompatible avec le principe de l'indemnisation des prestations en fonction de leur valeur économique inscrit dans le droit conventionnel. Ce dernier stipule le principe de l'équivalence des prestations (art. 16 WPPT). (Voir Annexe 1, prise de position AudioVision Suisse, ch. 10. pour lire la revendication dans son intégralité.)	Il est impossible de supprimer cette disposition car le montant des indemnités ne peut pas être illimité.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.
3.35	Imposer des standards ouverts pour les livres numériques afin de permettre une utilisation sans entrave des offres des différentes plateformes actives dans ce secteur.		Les modèles commerciaux ne doivent pas être réglementés par le législateur. La mise en œuvre nécessiterait une convention internationale. Les fournisseurs doivent être libres de concevoir les contenus qu'ils proposent de telle sorte qu'ils ne soient accessibles que sur certains appareils.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, FRC, kf, SKS.	DUN, economiesuisse.
3.36	Limiter l'agrégation de nouvelles effectuée par des moteurs de recherche et des applications à des utilisations a) qui ne se substituent pas aux contenus des éditeurs de presse, b) qui ne sont pas commercialisées, et c) qui ne permettent pas d'éviter la « publicité display » sur les sites des éditeurs de presse grâce à des liens profonds (*deeplinks*).	Les utilisations allant au-delà des utilisations mentionnées ci-contre doivent faire l'objet d'un accord contractuel entre les éditeurs de presse et les agrégateurs. Le modèle de la gestion collective ne devrait pas être retenu pour des raisons d'économicité et d'efficacité. Les entreprises de presse doivent avoir la possibilité d'un *opt-out*.	La réglementation proposée n'est pas motivée.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.37	Interdire les transactions par carte de crédit et les « publicités display ».		L'aménagement de la réglementation n'est pas clair. Il convient de rejeter toute réglementation stricte.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.	
3.38	Elimination du double paiement résultant de la redevance sur les supports vierges.		Le prix d'achat inclut l'enregistrement et la confection de la copie correspondante (art. 19, al. 3bis, LDA). La limitation du nombre de copies comme celle figurant par exemple dans les CG de l'iTunes Store ne signifie pas que le prix d'achat inclut la confection de copies ultérieures et que celles-ci sont exemptées de la redevance sur les supports vierges.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.39	Application des restrictions du droit d'auteur aussi sur Internet.	Art. 28bis LDA *nouveau* et art. 69b LDA *nouveau* (interdiction des entraves aux utilisations autorisées résultant de mesures techniques).	Lors de la dernière révision législative, le législateur a créé l'Observatoire des mesures techniques pour examiner ces cas (art. 39b LDA). L'interdiction demandée ne contribuerait guère à accroître la sécurité juridique. De plus, l'introduction de sanctions pénales pour garantir le bénéfice d'exceptions à des droits est exagérée.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.40	Elargissement du catalogue des exceptions au droit d'auteur.	Les restrictions du droit d'auteur doivent être applicables à des nouveaux droits exclusifs des auteurs et des titulaires des droits voisins.	Ces revendications sont formulées de manière trop vague. On a l'impression que, dans ce cas aussi, les possibilités d'action manifestes de l'Observatoire des mesures techniques ne sont pas pleinement exploitées. La nécessité de prévoir de nouvelles dispositions est donc discutable.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, Suisseculture.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.41	Elargissement des restrictions en faveur des bibliothèques scientifiques (art. 24, al. 1bis LDA, art. 22b LDA e. a.).		Voir 3.40.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.42	Autoriser la numérisation et la mise à disposition en ligne pour les institutions de la mémoire actives dans le domaine de la culture.		Voir 3.40. Seulement en contrepartie d'une rémunération équitable.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	SBVV, Association MEDIAS SUISSES, Suisseculture.
3.43	Extension du champ d'application de l'art. 22b LDA aux textes, images et photographies.		Voir 3.40.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, Suisseculture.	SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.44	Révision de l'art. 19, al. 3, let. a à c, LDA.		Voir 3.40.	USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.45	Définir une nouvelle exception en faveur d'un droit de publication secondaire obligatoire pour les auteurs scientifiques.		Voir 3.40.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.46	Pas d'obligations pour les fournisseurs de services Internet sans base légale.			DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, Suisseculture (seulement si une base légale est créée).	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.47	Pas de coûts supplémentaires pour les fournisseurs de services Internet.	Les coûts doivent être supportés par ceux qui les occasionnent.	Le risque d'abus étant inhérent aux modèles commerciaux des fournisseurs de services Internet, il appartient à ces derniers de supporter les coûts générés par la mise en place de mesures destinées à empêcher et à éliminer les abus (comparable à la responsabilité pour des bâtiments et autres ouvrages).	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.48	Ajouter la phrase suivante à la fin de l'art. 40, al. 1, let. a, LDA : « (…) la délimitation entre grands et petits droits dans le cas des œuvres musicales se fait sur la base du caractère théâtral de celles-ci et non sur la base du caractère dramatico-musical de la représentation. » *(N.d.T. : traduction libre d'une proposition formulée en allemand)*	La délimitation entre grands et petits droits est difficile à faire dans la pratique : elle pose d'importants problèmes aux théâtres fortement subventionnés et génère des dépenses supplémentaires injustifiées en raison de la suprématie de fait des éditeurs musicaux. Le rejet de la règle du ballet par ces derniers, mais aussi le fait qu'ils ont réussi à imposer que l'utilisation de compositions concertantes dans un ballet soit considérée comme un petit droit sont révélateurs de ces problèmes. La compétence de la SUISA s'en trouve diminuée.	Le critère selon lequel il convient de savoir si « la musique aide à raconter une histoire » ne détermine pas le caractère individuel d'une représentation scénique. Il est à craindre qu'une réglementation au niveau de l'ordonnance n'entrave le développement du droit.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.49	Réglementation du transfert des droits dans les rapports de travail (adaptation du CO).	La réglementation actuelle du transfert des droits dans les rapports de travail (uniquement dans le contrat de travail selon le CO) est insuffisante. Il conviendrait d'inscrire dans le CO une réglementation analogue à celle existant pour les brevets et les designs.		economiesuisse, DUN.	Suisseculture.
3.50	Transparence du droit d'auteur.		Cette revendication n'étant pas motivée plus avant, elle ne peut être commentée.	economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, Suisseculture.	
3.51	Amélioration des offres légales.		Il est dans l'intérêt des producteurs et des distributeurs d'améliorer constamment tant les contenus que les fonctionnalités de leurs offres en ligne. Or cette optimisation nécessite d'importants investissements qu'il convient de protéger grâce à des mesures d'application des droits efficaces.	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES, FRC, kf, SKS, Suisseculture.	

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.52	Concentrer la lutte contre le piratage sur les offres illégales d'entreprises ayant des visées criminelles.	Le téléchargement doit rester impuni, les accès Internet ne doivent pas être bloqués et il ne faut pas envoyer des messages d'avertissement.	Les pirates ont le plus souvent recours à des moyens techniques et organisationnels qui rendent les poursuites judiciaires par des méthodes ordinaires très inefficaces. Ils utilisent un réseau de sociétés boîte aux lettres anonymes et dissimulent l'emplacement des serveurs. C'est pourquoi il convient de bloquer l'accès à de telles offres. Ne pas interdire le téléchargement d'œuvres à partir de sources illégales ne serait envisageable que si des mesures plus efficaces d'application du droit existant étaient prises.	Suisseculture (seulement le téléchargement à partir d'Internet doit continuer à ne pas être puni), DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse.
3.53	Accroître la transparence et l'efficacité de la gestion.	Harmonisation et simplification des tarifs dans le domaine de la redevance sur les supports vierges. Limitation/plafonnement des frais administratifs. Une amélioration dépend aussi des utilisateurs d'œuvres et de prestations.		DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, Suisseculture, AudioVision Suisse.	Suisseculture (opposée à la limitation/au plafonnement des frais administratifs), AudioVision Suisse (opposée au plafonnement).

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.54	Création d'une exception au droit d'auteur en faveur des inventaires (« Verzeichnisprivileg »)	Les institutions publiques de la mémoire comme les bibliothèques ou les musées revêtent une importance fondamentale dans la sauvegarde et la transmission du patrimoine culturel suisse. Transmettre les biens culturels à notre époque implique qu'ils soient visibles et rapidement recherchables sur Internet. L'enrichissement des inventaires en ligne avec des produits numérisés d'œuvres ou de parties d'œuvres protégées par le droit d'auteur est toutefois considéré comme une utilisation au sens de la LDA. Or les institutions ne disposent pas des ressources nécessaires pour demander une autorisation d'utilisation pour des millions d'œuvres. C'est pourquoi il convient d'inscrire une nouvelle exception au droit d'auteur dans la LDA.		DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	
3.55	Société suisse de radiodiffusion et télévision SRG SSR : interdire à des tiers de proposer des services de télévision de rattrapage (*Catch up*-TV) par le biais de mémoires centrales (PVR virtuel).		Continuer à appliquer la pratique de la Commission arbitrale relative au TC 12.		Suisseculture, DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.56	BIS Bibliothèque Information Suisse : extension du privilège en faveur des catalogues (art. 26 LDA) aux bibliothèques et autres institutions de la mémoire actives dans le domaine de la culture.		Voir 3.40.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS, Suisseculture (d'accord à des conditions strictes).	AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.57	BIS Bibliothèque Information Suisse : création d'un droit de réunir et de mettre à disposition des collections de pages Web.			DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.58	BIS Bibliothèque Information Suisse : concrétiser l'art. 19, al. 3, let. a à c, LDA : « plus disponibles sur le marché » doit être compris dans le sens « plus disponibles dans les offres usuelles des éditeurs, et une réédition n'est pas prévue », la notion de « reproduction partielle » doit être clarifiée, tout comme la question de savoir si les photographies en tant qu'« œuvres des beaux-arts » tombent dans le champ d'application de l'art. 19, al. 3, let. a, LDA.		L'interprétation de l'art. 19, al. 3, let. a à c, LDA est l'affaire de la jurisprudence.	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.59	BIS Bibliothèque Information Suisse : suppression de l'exception en faveur des partitions d'œuvres musicales inscrite à l'art. 19, al. 3, let. c, LDA.			DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.

	Revendication	Remarque des auteurs de la revendication	Avis contraires	soutenue entièrement ou partiellement par	rejetée entièrement ou partiellement par
3.60	BIS Bibliothèque Information Suisse : rendre possible l'exercice du droit de citation pour les offres électroniques payantes.			DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.61	Association des archivistes suisses VSA-ASS : utilisation libre et gratuite des archives, y compris indexation interne, présentation publique et publication.		Voir 3.40. Les modèles commerciaux des éditeurs de presse englobent les archives de journaux et de revues. Rendre ces dernières librement accessibles et publiques mettrait les droits à rémunération des éditeurs en cause par rapport à ceux des auteurs (journalistes).	DUN, economiesuisse, USAM, FRC, kf, SKS.	Suisseculture, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.
3.62	Suppression de la redevance sur les supports vierges			kf.	Suisseculture, DUN, economiesuisse, AudioVision Suisse, SBVV, Association MEDIAS SUISSES.

4. Développements au niveau international

4.1. L'adaptation du catalogue des droits

L'avènement du Web a rendu nécessaire un ajustement du cadre juridique international. Les traités déterminants, en premier lieu la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques[81] et la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (appelée la Convention de Rome)[82], prévoient toute une série de droits spécifiques qui ne sont pas vraiment adaptés à la mise en circulation d'œuvres par le biais d'Internet; il y manque en outre une clause générale telle qu'on la trouve dans le droit suisse à l'art. 10, al. 1, LDA.

Pour les auteurs, les producteurs de phonogrammes et les artistes interprètes et exécutants, l'adaptation s'est faite en 1996 par la conclusion des traités Internet de l'OMPI). Les acteurs ont dû attendre plus longtemps puisqu'ils sont protégés sur le plan international uniquement depuis 2012 grâce au Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles[83]. Quant aux organismes de diffusion, en tant que dernière catégorie de titulaires de droits voisins, ils ne bénéficient pas encore d'une protection adaptée. En 2011, le comité compétent au sein de l'OMPI – le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) – a adopté un plan d'action qui aurait dû aboutir à une recommandation relative à la tenue d'une conférence diplomatique lors de l'Assemblée générale de l'OMPI de 2012. Les deux sessions spéciales du SCCR dédiées au droit d'émission n'ont cependant pas débouché sur les progrès qui auraient permis de transmettre une recommandation à l'Assemblée générale. Il est désormais prévu que la décision concernant la convocation d'une conférence diplomatique soit prise lors de l'Assemblée générale de 2014.

Pour l'essentiel, les traités Internet de l'OMPI réglementent la reconnaissance du droit de mettre à disposition des œuvres, des exécutions et des fixations d'exécutions sur Internet de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Ils régissent également la protection des mesures techniques utilisées par les titulaires des droits pour faire respecter leurs droits d'interdiction. Pour la Suisse, il n'y a pas lieu de prendre des mesures, à l'exception de la ratification du Traité de Beijing, puisque l'adaptation de la protection juridique des acteurs, des producteurs de vidéogrammes et des organismes de diffusion est intervenue en 2008 déjà lors de la révision partielle de la loi sur le droit d'auteur.

---

[81] *RS 0.231.15.*
[82] *RS 0.231.171.*
[83] *La Suisse a signé le traité le 26.6.2012 sous réserve de sa ratification.*

4.2. L’application des droits

L’expérience engrangée depuis la création des traités Internet de l’OMPI de 1996 a montré que la protection conférée par les mesures techniques est efficace, notamment pour les nouvelles offres telles les applications, alors que ce n’est pas forcément vrai pour la diffusion en mode numérique d’offres existantes sous forme analogique. Aussi les titulaires dans le domaine de la musique ont-ils largement renoncé aux mesures techniques du fait qu’elles suscitaient une résistance de la part des consommateurs. Dans les cas où les mesures techniques ne sont pas utilisées, les œuvres semblent être particulièrement vulnérables aux violations de droit d’auteur. Chaque offre peut être consultée sans restriction des quatre coins du monde, puis être mise à nouveau en circulation. Les atteintes au droit d’auteur sont fréquentes malgré l’utilisation de mesures techniques, puisqu’on peut contourner ces mesures, bien qu’il soit interdit de le faire.

C’est pour cette raison que les Etats-Unis ont essayé plusieurs fois, sans succès, d’inscrire le thème de l’application des droits immatériels à l’agenda de l’OMPI. Les tentatives des pays industrialisés de débattre cette question dans le cadre du Conseil des ADPIC de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) se sont heurtées à la résistance de certains pays qui avaient d’autres priorités et ont été abandonnées. Face à cette impasse, le Japon et les Etats-Unis ont finalement pris l’initiative de lancer un débat plurilatéral en dehors des foras internationaux existants et intégré l’application des droits d’auteur dans les négociations relatives à un Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC ou ACTA pour *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*). Il en est clairement ressorti à quel point il était difficile, même entre partenaires de négociations poursuivant les mêmes buts, de trouver un terrain d’entente concernant l’application des droits dans le domaine de la propriété immatérielle, et notamment dans celui du droit d’auteur. Bien que les partenaires fussent fondamentalement d’accord sur la nécessité de disposer d’un arsenal de sanctions civiles et pénales efficaces dans ce domaine, les mesures négociées se sont limitées à des obligations plutôt vagues. Les parties sont convenues de dire que la mise en œuvre devait se faire de manière à éviter la création d’obstacles involontaires aux activités légitimes et à préserver la liberté d’expression, les garanties générales de procédure et la protection de la sphère privée (art. 27, al. 2, ACAC). Ce train d’obligations même limitées a toutefois soulevé des protestations très vives de la société civile de sorte qu’une entrée en vigueur de l’accord semble très invraisemblable. La Suisse a participé aux négociations, mais n’a pas signé l’ACAC.

4.3. Les restrictions du droit d’auteur

Dans le cadre des travaux de l’OMPI, le thème des restrictions du droit d’auteur est un point important à l’ordre du jour. Un premier pas a été franchi avec la conclusion du traité pour un meilleur accès aux

œuvres publiées pour les personnes atteintes de déficiences visuelles[84]. Les travaux se concentrent maintenant sur une optimisation de la situation des bibliothèques, des archives, des écoles, des institutions scientifiques et sur l'accès des personnes présentant d'autres handicaps que les déficiences visuelles.

5. Développements au sein de l'Union européenne

L'Union européenne (UE) a arrêté une série de directives pour définir le cadre juridique du droit d'auteur dans l'environnement numérique.

- 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 (Directive sur la société de l'information);
- Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (Directive sur l'application des droits);
- Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines;
- 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);
- Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

Comme dans le droit américain, il existe, dans le droit européen, une limitation de la responsabilité des intermédiaires (art. 12 à 15 de la Directive sur le commerce électronique) puisque les fournisseurs ne sont pas tenus de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni même de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (art. 15, al. 1, Directive sur le commerce électronique). De l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le droit européen est incompatible avec une obligation de surveillance générale. Il est interdit d'imposer à un fournisseur d'hébergement de mettre en place à titre préventif, à l'égard de toute sa clientèle, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps, un système de filtrage des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services qui soit capable d'identifier les fichiers électroniques contenant des œuvres musicales, cinématographiques ou audiovisuelles sur lesquelles le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle en vue de bloquer la mise à

[84] *Le Traité de Marrakech a été conclu le 28.6.2013 et la Suisse l'a signé le même jour sous réserve de sa ratification.*

disposition du public desdites œuvres portant atteinte au droit d'auteur[85]. Les fournisseurs d'accès à Internet ne peuvent pas être contraints à mettre en place à l'égard de l'ensemble de leurs utilisateurs, à titre préventif, à leurs frais exclusifs et sans limitation dans le temps un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par leurs services au moyen notamment de logiciels d'échange d'archives (dits « pair-à-pair »)[86]. Dans l'arrêt SABAM contre Netlog, la CJUE a toutefois souligné que les titulaires de droits de propriété intellectuelle devaient pouvoir demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des fournisseurs (art. 8, al. 3, Directive sur la société de l'information et art. 11, 3e phrase, Directive sur l'application des droits) et que ces intermédiaires devaient prendre des mesures visant non seulement à mettre fin aux atteintes déjà portées aux droits de propriété intellectuelle, mais aussi à prévenir de nouvelles. Pour l'heure, la question de savoir s'il est autorisé d'enjoindre à un fournisseur de bloquer l'accès à des offres de *streaming* en vertu de l'art. 8, al. 3, de la Directive sur la société de l'information est encore pendante auprès de la CJUE. Cette disposition étant mise en œuvre dans de nombreux Etats membres de l'UE dans le sens de blocages d'accès (blocages d'adresses IP/ blocages DNS)[87], l'applicabilité de l'injonction du blocage d'accès a déjà fait l'objet de plusieurs procédures judiciaires nationales. Les tribunaux nationaux ont confirmé que les sites Web proposant majoritairement des contenus illicites pouvaient être bloqués sur cette base.[88] Il existe en outre, en cas d'atteinte aux droits d'auteur, un droit d'information contre des tiers et donc contre les fournisseurs (art. 8. al. 1, let. c, Directive sur l'application des droits). Il ne doit cependant pas être compris comme un droit d'information inconditionnel. En effet, de l'avis de la CJUE, les législations nationales doivent garantir un juste équilibre entre les divers droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique européen et d'autres principes généraux du droit de l'UE, tel le principe de la proportionnalité.

Le 12 septembre 2011, une directive pour porter de 50 à 70 ans la durée de protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes a été adoptée. La directive vise à aligner la durée de protection des droits des artistes interprètes sur celle déjà accordée aux auteurs – 70 ans

---

[85] *SABAM contre Netlog (CJUE C-360/10).*

[86] *Scarlet contre SABAM (CJUE C-70/10).*

[87] *Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Espagne, Angleterre, Irlande. Une disposition similaire a en outre été approuvée en Norvège. Il existe des réglementations sur les blocages d'accès également en Inde, en Malaisie, en Corée du Sud et en Turquie.*

[88] *Voir notamment en lieu avec un site de streaming illégal, Haute Cour de justice Grande-Bretagne, Football Association Premier League Ltd. v. British Sky Broadbasting Ltd. et al., 16.7.2013 [2013] EWHC 2058 (Ch); également* ***Grande-Bretagne*** *: Haute cour de justice arrêt du 28.7.2011 [2011] EWHC 1981 (Ch) Twentieth Centrury Fox et al. v. British Telecommunications PLC (concernant Newzbin2);* ***Belgique*** *: Cour d'appel d'Anvers 2010/AR/2541 du 26.9.2011, VZW Belgian Anti-Piracy Federation v. NV Telenet and NV Publiek Recht Belgacom, p. 12 (concernant The Pirate Bay) :* ***Danemark*** *: Court of Frederiksberg, 29.1.2008, FS 14324/2007 IFPI Danmark v. DMT2 (The Pirate Bay); Court of Frederiksberg, FS 11-18685/2011, 20.2.2012 (en lien avec le site de streaming « Grooveshark »);* ***Finlande*** *: District Court of Helsinki, 11/41552, 26.10.2011, IFPI Finland et al. v. Elisa, décision confirmée par la Cour d'appel d'Helsinki le 15.6.2012 (concernant The Pirate Bay);* ***Irlande*** *: arrêt de la Haute Cour du 12.6.2013 [2012 No. 225 COM], EMI Records Ireland Ltd. et al. v. UPC et ltd. (concernant The Pirate Bay).*

après leur mort. Cette extension permettra aux artistes interprètes de gagner de l'argent plus longtemps et, en tous les cas, pendant toute leur vie.

Il existe une directive de la Commission européenne, qui est encore au stade de proposition, concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur[89]. L'UE favorise la concurrence entre les sociétés de gestion, mais cela a suscité des inquiétudes concernant la sauvegarde de la diversité culturelle[90]. De plus, la CJUE a constaté que la nécessité d'une présence locale pour garantir une gestion efficace des droits pouvait être susceptible d'entraver une concurrence multiterritoriale[91].

S'agissant de la rémunération pour la copie privée, un médiateur institué par le commissaire européen Michel Barnier est arrivé à la conclusion qu'il fallait privilégier la conclusion d'accords de licence individuels en lieu et place de la gestion collective. Lorsque les titulaires de droits ont déjà été dédommagés par des redevances de licences et que le respect des conditions stipulées dans la licence est garanti par des mesures techniques, il faudrait renoncer à une rémunération supplémentaire sous forme de redevances. Entre-temps, de nombreuses propositions du médiateur ont fait l'objet de violentes critiques au sein du Parlement européen.

Dans le domaine de l'audiovisuel, l'UE s'est demandé s'il serait opportun d'instaurer un droit à rémunération inaliénable en faveur des auteurs et des interprètes, pour la mise à disposition en ligne de leurs œuvres et de leurs prestations. Ce droit concernerait donc la VàD et pourrait être soumis à la gestion collective obligatoire. L'idée d'un droit inaliénable à être rémunéré, y compris lorsque le droit exclusif de « mise à disposition » a été cédé, est soutenue par le Parlement européen[92].

En **Allemagne**, il est possible d'intenter une action contre un fournisseur de services Internet en invoquant la responsabilité de nuisance. Il n'existe certes aucune obligation de surveillance générale en vertu du droit européen, mais cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour fédérale de justice allemande

---

[89] *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, COM(2012) 372 final, ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_fr.pdf.*

[90] *Graber, Christoph B., Collective Rights Management, Competition Policy and Cultural Diversity: EU Lawmaking at a Crossroads, The WIPO Journal, Vol. 4, 2012, p. 41 s., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2214572.*

[91] *François Lucazeau et autres contre SACEM et autres, Affaires jointes 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. 1989 p. 02811, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0110:FR:HTML; arrêt du 12.4.2013 dans l'affaire CISAC, T-442/08.*

[92] *Livre vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles, COM(2011) 427 final, p. 18, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0427:FIN:FR:PDF; résolution du Parlement européen du 11.9.2012 sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne (2011/2313(INI)), ch. 44 - 50, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0324+0+DOC+PDF+V0//FR.*

(BGH), une obligation de surveillance dans certains cas spécifiques. Pour satisfaire à son devoir de diligence, un fournisseur de services Internet doit identifier et prévenir les activités illicites dans la mesure où cela paraît proportionné et économiquement supportable. Cela implique non seulement le blocage immédiat de l'accès aux sites concernés lorsqu'une atteinte au droit d'auteur est présumée, mais aussi une intervention, dans la mesure où cela est techniquement possible et économiquement supportable, pour éviter les récidives. Citons à titre d'exemple l'utilisation d'un filtre de mots ou encore un contrôle manuel d'un petit nombre (moins de dix) de collections de liens.[93] Le critère appliqué sera plus sévère si le modèle commercial est créé d'emblée pour que les utilisateurs des services commettent des actes illicites ou que le fournisseur a pris des mesures propres à encourager les risques d'une utilisation portant atteinte aux droits. Dans ces cas, le fournisseur de services Internet est tenu d'écarter le risque avant même d'avoir eu connaissance d'une violation concrète[94]. Pour ce qui est de l'application des droits à l'égard des consommateurs, l'Allemagne va fortifier la position de ces derniers. Une nouvelle loi contre les pratiques commerciales peu sérieuses permettra de limiter les frais d'avocat pour l'envoi d'avertissement et renforcer le for du domicile du défendeur[95].

La **France** a créé une autorité spéciale pour lutter contre les violations du droit d'auteur sur Internet, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI). Sur indication des ayants droit, l'autorité identifie le titulaire de l'abonnement et lui envoie, dans les deux mois, un premier courriel de recommandation (avertissement) par voie électronique. En cas de réitération dans un délai de six mois suivant l'envoi de la première recommandation, un avertissement par message électronique est envoyé, doublé d'une lettre remise contre signature. En cas de nouvelle réitération dans un délai de douze mois suivants la date de présentation de la deuxième recommandation, l'HADOPI informe le titulaire de l'abonnement par une lettre de notification (remise contre signature) qu'elle examine les faits et qu'il est possible, si une violation de la diligence requise est vraisemblable, que son cas soit transmis aux tribunaux.

L'HADOPI a fait l'objet d'un examen dans le cadre du rapport mandaté par la ministre de la Culture visant à analyser le besoin d'adaptation de l'exception culturelle française compte tenu des nouveaux défis posés par l'environnement numérique. Le rapport Lescure est favorable au maintien du système, mais propose des adaptations importantes et le transfert des tâches de l'HADOPI à une

---

[93] *BGH, arrêt du 12.7.2012 - I ZR 18/11 - Alone in the Dark.*

[94] *BGH, arrêt du 15.8.2013 - I ZR 80/12 - File-Hosting-Dienst.*

[95] *Communiqué de presse du Ministère allemand de la justice du 27.6.2013, Massnahmenpaket gegen unseriöse Geschäftspraktiken, www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/20130627_Ma%C3%9Fnahmenpaket_gegen_unserioese_Geschaeftspraktiken.html.*

autre autorité[96]. L'effet dissuasif du système des avertissements est avéré et il ne fait pas sens, de l'avis du rapporteur, de l'abroger. Mais les statistiques ont toutefois tendu à prouver que le recul du téléchargement de pair-à-pair a davantage profité aux autres formes de consommation illicite qu'à la consommation légale[97]. La poursuite des responsables de sites de téléchargement, de *streaming* ou de référencement doit être le principal objectif de la lutte contre le piratage.[98] Bien que depuis son introduction, il y a trois ans, seules deux condamnations aient été prononcées, les coûts ne paraissent pas disproportionnés car le dispositif permet un travail de sensibilisation du public et possède un caractère dissuasif. Au 30 juin 2013, l'HADOPI, qui emploie près de 60 personnes, a envoyé environ 1 912 847 premières recommandations et 186 153 deuxièmes recommandations, ce qui a généré des coûts de quelque 11 millions d'euros. 663 dossiers ont encore été traités par la suite et 51 ont été transmis au procureur de la République[99].

Le montant de l'amende allant jusqu'à 1500 euros et la suspension de l'abonnement Internet paraissent toutefois disproportionnés; l'amende devrait être ramenée à une somme forfaitaire de 60 euros et serait majorée en cas de récidive. Le rapport Lescure prône de mettre l'accent également sur la contrefaçon lucrative. Les acteurs qui tirent un bénéfice économique sont principalement les fournisseurs de services Internet, les services de paiements et les acteurs de la publicité en ligne.

Dans l'intérêt des consommateurs, le rapport Lescure propose plusieurs mesures d'optimisation de l'offre légale : une obligation de gestion, la numérisation du patrimoine national avec les deniers publics, un raccourcissement du délai des films en VàD, une accélération significative de la disponibilité des séries télévisées étrangères et une optimisation des offres numériques. Il faudrait d'autre part étendre la rémunération pour copie privée aux modems afin de couvrir de nouveaux usages liés au *cloud computing*, et créer un nouveau droit à rémunération au titre du référencement par les moteurs de recherche ainsi qu'une taxe à finalité culturelle pour les opérateurs de télécommunication. Enfin, le rapport recommande de légaliser les échanges non marchands de contenus protégés via Internet en contrepartie d'une contribution forfaitaire. A l'heure actuelle, la question de savoir si le gouvernement français suivra les recommandations Lescure, et dans quelle mesure, reste ouverte.

---

[96] *LESCURE, PIERRE, Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, Tome 1, 2013, p. 32 - 43, www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescure/index.htm#/1.*
[97] *LESCURE, p. 32.*
[98] *LESCURE, p. 34.*
[99] *HADOPI, Rapport d'activité 2012-2013, p. 28, 78, www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI_RapportAnnuel_2013.pdf.*

6. Développements aux Etats-Unis

Les Etats-Unis ont transposé les traités Internet de l'OMPI dans la loi dite *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA)[100]. Le législateur américain a de plus réglementé l'activité des fournisseurs de services Internet. Leur responsabilité est engagée lorsqu'ils ont connaissance d'atteintes au droit d'auteur et qu'ils n'entreprennent aucune action, bien qu'ils en aient la possibilité. Quand bien même ils n'auraient pas cette possibilité, ils sont tenus pour responsables s'ils permettent des utilisations licites non essentielles. Enfin, leur responsabilité est engagée s'ils encouragent activement des violations du droit d'auteur même lorsqu'ils proposent essentiellement des utilisations licites. Le DMCA prévoit, dans l'intérêt des fournisseurs de services Internet, des exonérations de responsabilité. Afin de pouvoir en bénéficier, ceux-ci doivent remplir certains critères. Premièrement, en cas d'hébergement et de référencement, la responsabilité est limitée lorsqu'il n'a pas connaissance d'activités illicites et qu'il n'était pas supposé en avoir. Deuxièmement, le fournisseur ne doit pas tirer profit des violations du droit d'auteur qu'il peut prévenir. Troisièmement, il doit avoir installé ce qu'on appelle une procédure de *notice and takedown* et il doit rapidement effacer les contenus illicites ou bloquer l'accès au site concerné lorsqu'il a connaissance d'atteintes au droit d'auteur. Quatrièmement, dans le cas d'une procédure de *notice and takedown*, il doit bloquer, sur demande du titulaire des droits, l'accès aux contenus prétendument illicites et informer la personne qui les a stockés. Si celle-ci s'oppose, le fournisseur en informe le titulaire des droits et lui révèle l'identité de ladite personne. Par la suite, le titulaire des droits peut intenter une action en justice. Si aucune action n'est engagée, le fournisseur doit débloquer l'accès au contenu au plus tôt après dix jours et au plus tard après quatorze jours à compter de la réception de l'opposition. Cinquièmement, il doit prévoir la suspension des services en cas de récidives et contrôler que les mesures techniques ne sont pas entravées.

Se basant sur les expériences réalisées entre-temps avec le DMCA, les Etats-Unis souhaitent introduire une modification de leur loi sur le droit d'auteur. L'agenda précis n'est pas encore défini. A l'instar de la France, la coresponsabilité des autres membres de l'écosystème du Web, tels les moteurs de recherche, les sociétés émettrices de cartes ou d'autres services de paiements et les acteurs de la publicité en ligne, fait l'objet de réflexions[101]. En 2011, l'administration américaine a par contre renoncé à introduire le verrouillage des adresses IP et des DNS car les citoyens, les entreprises et la société civile s'y sont fortement opposés. Ces derniers craignent en effet que ces mesures constituent une menace pour la liberté d'expression, la sécurité et la stabilité d'Internet, alors même que des contrefaçons et des offres illicites continueraient d'être disponibles en ligne. Le Gouvernement fédéral a toutefois relevé également que, dans plusieurs Etats membres de l'UE, les

---

[100] *www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf.*

[101] *U.S. Intellectual Property Enforcement Coordinator, 2013 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, p. 36, www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/2013-us-ipec-joint-strategic-plan.pdf.*

tribunaux avaient ordonné des blocages des DNS ou des IP[102]. Dans ce sens, le point de vue des Etats-Unis rejoint celui du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, lequel a rejeté la proportionnalité de ce type de verrouillage[103].

S'agissant de la gestion collective, la directrice de l'Office américain des droits d'auteur suggère une simplification de l'octroi de licences grâce à l'introduction de modèles d'*opt out* (option de non-participation). Au lieu que les titulaires de droits aient à devenir membres d'une société de gestion, l'idée serait de stipuler que la gestion collective intervient automatiquement sauf si le titulaire déclare expressément vouloir gérer lui-même ses droits.[104]

Les restrictions du droit d'auteur en faveur des bibliothèques, des archives, des universités et de l'usage à des fins privées sont aussi débattues aux Etats-Unis. Il en va de même pour l'exception relative à l'interdiction de contourner les mesures techniques pour l'exercice des exceptions au droit d'auteur.[105]

---

[102] *The Department of Commerce Internet Policy Task Force, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, 2013, p. 62 s., www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf : « One proposed method for addressing websites dedicated to piracy, and the one that has generated the most controversy recently, is directing ISPs to block the public's access to them. [...] » In 2011, the U.S. Congress considered legislation along these lines. The PROTECT IP Act introduced in the Senate, and the Stop Online Piracy Act (SOPA) introduced in the House, would have provided for expanded government and private enforcement actions directed toward blocking websites dedicated to piracy. [...] While the bills were supported by many right holders, the website blocking provisions provoked strong opposition, with unprecedented online activism from individuals, companies, and civil society. Some raised concerns that the DNS filtering provisions could engender threats to speech, security, and stability on the Internet, while leaving contraband goods and services accessible online. The Administration shared some of these concerns, particularly with respect to the security implications of DNS redirection. Although consideration was given to removing the provisions related to ISP injunctions while retaining the provisions on the « follow the money » approach ultimately both bills were withdrawn.*
Outside of the United States, some form of website blocking has been used as a tool against copyright infringement in a number of countries in recent years. In the EU, Article 8(3) of the Copyright Directive requires that Member States « ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right. » The Directive does not specify any particular technique to be required by such an injunction. Courts in several Member States have applied their national legislation implementing this provision to issue orders requiring ISPs to block access to specific infringing websites, sometimes through DNS blocking, sometimes through IP blocking, and sometimes without specifying the method.345 Blocking orders have also been issued in several non-EU countries.
The Task Force reiterates the Administration's view that « [w]hile . . . online piracy by foreign websites is a serious problem that requires a serious legislative response, » we « will not support legislation that reduces freedom of expression, increases cybersecurity risk, or undermines the dynamic, innovative global Internet. » We believe that solutions must be found, legislative or otherwise, but the values of free speech and cybersecurity must not and need not be compromised. It is critical to ensure that these values are appropriately accommodated in any legislation, court order or voluntary action. »

[103] *« Even where justification is provided, blocking measures constitute an unnecessary or disproportionate means to achieve the purported aim, as they are often not sufficiently targeted and render a wide range of content inaccessible beyond that which has been deemed illegal. » (www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).*

[104] *PALLANTE, MARIA A., The Next Great Copyright Act, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 3, 2013, p. 338, www.copyright.gov/docs/next_great_copyright_act.pdf.*

[105] *PALLANTE, p. 330, 332.*

La directrice de l'Office américain des droits d'auteur demande également l'examen des questions de l'épuisement dans le cadre d'une mise en circulation par voie électronique et de la durée de la protection.[106] Puisque les offres en ligne font régulièrement l'objet de licences, il n'y aurait pas, en vertu du droit américain, d'épuisement.[107]

7. Objectifs

Le groupe de travail AGUR12 poursuit les objectifs ci-après au moyen des propositions soumises au ch. 9 :

7.1. Procéder à une répartition entre gestion individuelle et gestion collective des droits d'auteurs dans l'environnement numérique en fonction des besoins.

7.2. Garantir une application efficace des droits d'auteur à gérer individuellement et collectivement en concentrant la lutte sur les offres illicites et en intégrant les services commerciaux. Eviter la criminalisation des consommateurs et sauvegarder la liberté de l'art, la liberté économique, la garantie de la propriété, la liberté scientifique, la liberté d'expression, la liberté d'information, la liberté des médias, les garanties générales de procédure et la protection de la sphère privée.

7.3. Obtenir une rémunération équitable et conforme au marché, aussi à l'ère du numérique, pour l'utilisation de contenus protégés par des droits d'auteur et des droits voisins.

7.4. Eviter que la paralléllité de la gestion individuelle et de la gestion collective des droits d'auteur n'entraîne un double paiement pour une même utilisation.

7.5. Augmenter l'efficience et réduire les coûts de la gestion collective.

7.6. Optimiser et développer l'offre légale; promouvoir des alternatives aux offres illégales.

7.7. Accroître la conscience des internautes en matière de droits d'auteur.

7.8. Garantir une application appropriée des restrictions du droit d'auteur à l'ère du numérique.

---

[106] *PALLANTE, p. 331, 336.*

[107] *CAPITOL RECORDS v. ReDigi, No. 12 Civ. 95 (RJS) (SDNY March 2013), de.scribd.com/doc/133451611/Redigi-Capitol.*

8. Critères de sélection

L'AGUR12 a évalué les différentes propositions et effectué une sélection des mesures à proposer sur la base des critères suivants :

Les propositions

8.1. s'inscrivent dans le cadre donné par la Constitution et respectent les obligations internationales de la Suisse;

8.2. soutiennent la diversité culturelle;

8.3. sont en adéquation avec une économie de marché libre et considèrent les activités, les biens et les services non seulement comme des vecteurs culturels, mais aussi sous l'angle de leur valeur marchande;

8.4. sont portées dans leur totalité par un consensus;

8.5. s'inspirent de la pratique, sont efficaces, économiquement supportables, compatibles avec la culture et s'inscrivent dans l'intérêt général de la société et

8.6. prennent en compte des éléments de droit comparé, expériences pratiques correspondantes incluses.

9. Propositions du groupe de travail AGUR12

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

9.1. Information

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

S'agissant des utilisations Internet, il semblerait qu'une grande insécurité demeure sur la situation juridique. Celle-ci peut avoir pour conséquence, d'une part, des atteintes involontaires au droit d'auteur, mais lourdes en conséquence pour les titulaires des droits et, d'autre part, une crainte

diffuse pouvant se traduire par un abandon des utilisations légitimes et une non-exploitation des restrictions du droit d'auteur existantes. Une campagne d'information d'envergure est susceptible de remédier à cette situation.

9.2. Efficacité et transparence des sociétés de gestion

9.2.1. Développement de la gestion électronique

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

9.2.2. Simplification du paysage tarifaire

L'AGUR12 reconnaît le besoin de simplifier le paysage tarifaire. Il estime cependant que la responsabilité doit en être laissée aux sociétés de gestion et aux partenaires de négociation des tarifs. Certains intérêts légitimes des exploitants peuvent en effet justifier des réglementations tarifaires séparées ou différenciées.[108] L'AGUR12 recommande toutefois aux sociétés de gestion de recourir le plus possible à la voie contractuelle pour renseigner leurs partenaires de manière transparente sur les conséquences des différents tarifs dans leur cas particulier, et pour récapituler les redevances à payer si plusieurs tarifs sont applicables. De même il est important de mettre à disposition des usagers des feuilles d'informations claires, vulgarisant les tarifs, ce qui contribuera à une meilleure compréhension du système par les personnes concernées.

9.2.3. Simplification de la procédure d'approbation des tarifs

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

---

[108] *Voir ch. 2.4.5.2. ci-dessus.*

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

9.2.4. Pas de limitation légale des frais administratifs

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

9.3. Mesures visant une meilleure application des droits d’auteur

9.3.1. Réglementation juridique du téléchargement à partir de sources illégales

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

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

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

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

Les hébergeurs dont le modèle commercial est manifestement créé pour que les utilisateurs des services commettent des violations du droit d’auteur ou favorise intentionnellement de tels actes

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

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

9.3.4. Blocage par les fournisseurs d'accès à Internet

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

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

9.3.5. Traitement des données

Les titulaires des droits doivent pouvoir traiter, à condition de respecter les principes formulés par le PFPDT[109], les données de connexion Internet (notamment les adresses IP dynamiques et statiques) afin de déterminer les violations de droits d'auteur.

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

9.3.6. Messages d'information

Une application trop globale des droits s'avère problématique et est ressentie comme agressive, car les internautes ne sont souvent pas au clair quant à la situation juridique. Des messages d'information préalables sont susceptibles d'y remédier. Il importe dès lors de créer la possibilité pour les fournisseurs d'accès d'envoyer, sur indication des titulaires des droits ou d'une autorité compétente, un message d'information unique aux abonnés de connexions Internet qui portent gravement atteinte au droit d'auteur en utilisant des réseaux pair-à-pair. Les titulaires doivent dédommager de manière appropriée les fournisseurs pour les dépenses résultant de l'envoi de tels messages. Une fois que l'abonné aura reçu un message d'information, il sera tenu, pour éviter une coresponsabilité civile en cas de récidive, de protéger de façon appropriée sa connexion afin que celle-ci ne puisse plus être utilisée à des fins de violation des droits par le biais de réseaux pair-à-pair. Le groupe de travail propose que les bases légales nécessaires à cet effet soient édictées et que l'accès au juge soit garanti; les fournisseurs et les organisations des consommateurs doivent notamment avoir la possibilité de s'adresser à l'autorité compétente lorsqu'ils reçoivent une indication de la part des titulaires des droits.

9.3.7. Poursuites civiles et pénales

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

---

[109] *Publiés, pour ce qui est du droit pénal, dans le 19e rapport d'activités du PFPDT, voir aussi www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00154/00986/index.html?lang=fr.*

télécommunications en droit privé puisse être levé et pour que la conservation et la durée de conservation des adresses IP nécessaires à l'identification des abonnés soient réglementées. Les fournisseurs d'accès n'auraient pas d'autres obligations.

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

9.3.8. Exonération de la responsabilité des fournisseurs

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

9.4. Adaptation des restrictions du droit d'auteur

9.4.1. Généralités

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

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

9.4.2.1. Projet de disposition

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

Art. 24d (nouveau) LDA : Inventaires

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

[2]Par courts extraits au sens de l'al. 1, on entend notamment les parties d'œuvres suivantes :

a. Pour les œuvres des beaux-arts, notamment la peinture, la sculpture et les œuvres graphiques ainsi que pour les œuvres photographiques et autres œuvres visuelles : aperçu global de l'œuvre sous la forme d'une image de petit format à faible résolution.

b. Pour les œuvres recourant à la langue : couverture sous la forme d'une image de petit format à faible résolution, titre, frontispice, table des matières ainsi que bibliographie et pages de couverture (...)

c. … (œuvres musicales et autres œuvres acoustiques).

d. … (œuvres filmiques et autres œuvres audiovisuelles).

(N.d.T : traduction libre d'une proposition formulée en allemand)

9.4.2.2. Explications

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

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

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

L'al. 2 précise, pour certaines catégories d'œuvres, ce qu'il faut entendre par « courts extraits ». L'actuel projet de disposition reflète à l'al. 2, let. a et b, le consensus qui a été obtenu dans le cadre de l'AGUR12 en ce qui concerne les œuvres visuelles et les œuvres recourant à la langue. S'agissant de ces dernières, il faudra encore débattre de la question de savoir si la reproduction gratuite de résumés d'œuvres scientifiques (*abstracts*) sera autorisée dans le cadre de la nouvelle exception en faveur des inventaires. Il semble en outre clair que si l'on souhaite que cette exception soit à la fois incisive et viable, il faut qu'elle englobe toutes les catégories d'œuvres. C'est pourquoi la discussion

devra être poursuivie, dans le prolongement des travaux de l'AGUR12. Concernant la reproduction d'œuvres musicales et de films en vue de les inventorier, il est envisageable de définir, pour l'extrait, une durée maximale autorisée et de l'assortir d'un critère de résolution faible. *In fine*, il importe de formuler, dans le dialogue avec les parties prenantes concernées, cette exception en faveur des inventaires de manière à englober toutes les catégories d'œuvres.

9.4.3. Redevance pour la copie privée et double paiement

Le système de redevance sur les supports vierges (art. 20, al. 3, LDA) est toujours opportun à l'heure du numérique. En effet, il permet une rémunération des ayants droit de manière simple, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective, tout en évitant une criminalisation des consommateurs. Toutefois, ce système est mal compris de la population et souvent critiqué. L'une des raisons est le problème dit du « double paiement ». Sans trancher les raisons juridiques qui, actuellement, pourraient justifier la coexistence des paiements à une plateforme en ligne et des redevances sur les supports vierges numériques, force est de constater que cette coexistence nuit à l'acceptation du système. Ce qui dérange, c'est surtout que les plateformes autorisent contre paiement un certain nombre de copies, lesquelles feront parfois encore l'objet de la redevance sur le support d'enregistrement. Une solution pourrait être de réserver la redevance aux cas où les copies privées, effectuées au moment du téléchargement ou subséquemment, ne font pas partie du service proposé par la plateforme aux internautes. Au sein de l'AGUR12, les avis divergent fortement concernant l'interprétation de l'art. 19, al. 3bis, LDA.

9.5. Autres recommandations

9.5.1. Pas de rémunération générale sous forme de forfait

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

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

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

9.5.3 Application des restrictions du droit d’auteur aussi sur Internet

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

Annexe

1 Prises de position de divers membres de l'AGUR12

2 Mandat

2.1 Mandat du groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12)

2.2 Interventions parlementaires dont il faut tenir compte :

2.2.1 Po. 12.3326 Recordon « Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes »

2.2.2 Po. 12.3289 Malama « Atteintes à la personnalité sur Internet »

2.2.3 Ip. 12.3092 Mörgeli « Gestion collective des droits d'auteur »

2.2.4 Po. 12.3173 Glättli « Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet »

2.2.5 Mo. 10.3612 Pfister « Modifier la loi sur le droit d'auteur pour alléger la charge pesant sur la formation »

2.2.6 Ip. 09.3802 Fluri « Protection de la propriété intellectuelle sur Internet »

2.2.7 Iv. pa. 09.522 Leutenegger Oberholzer « Salaires excessifs versés dans les sociétés de gestion. Compléter la loi sur le droit d'auteur »

2.2.8 Mo. 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit »

2.2.9 Mo. 07.3758 Leutenegger Oberholzer « Art. 60 LDA. Redevance sur les supports vierges »

2.2.10 Po. 07.3734 Leutenegger Oberholzer « Droit d'auteur. Sociétés de gestion et amélioration de la transparence »

2.3 Rapports dont il faut tenir compte :

2.3.1 Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary

2.3.2 Rapport du Conseil fédéral relatif au classement de la motion 08.3589 Stadler « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit »

3 Interventions parlementaires que l'AGUR12 devait intégrer dans ses réflexions:

3.1 Mo. 12.3834 Freysinger « Protection du droit d'auteur »

3.2 Mo. 13.3215 Riklin « Responsabilité juridique des fournisseurs Internet »

3.3 Po. 12.4238 Fluri « Utilisation d'offres illégales sur Internet. Impact sur l'économie »

3.4 Ip. 12.4202 Stöckli « Swisscom. Gestion des contenus protégés par les droits d'auteur »

3.5 Ip. 12.3902 Fluri « La Suisse, paradis du téléchargement illégal ? »

3.6 Iv. pa 13.404 du Groupe libéral-radical « Stop à la taxe injuste sur les supports vierges »

4 Invitation de la cheffe du Département du 8 août 2012

5 Liste des adresses des membres de l'AGUR12

6 Milieux intéressés ayant exprimé leur avis

6.1 Avis de Christoph Schütz : « Urheberrecht und Fotografie : Positionspapier anlässlich der anstehenden URG-Revision »

6.2 Présentation de Simon Osterwalder : « Ausgangslage für ISP (Access Service Provider) bei der Rechtsdurchsetzung in ihrer Stellung zwischen Konsument und Rechteinhaber »

6.3 Présentation d'Anna Mäder-Garamvölgyi : « Catch-up-TV: Was bieten die Internet-TVs ? »

6.4 Avis de la SRG SSR : « Vorschlag für einen neuen Art. 19 Abs. 3ter URG »

6.5 Présentation de Dominik Rubli : « Privatkopie beim zeitversetzten Fernsehen: Bestand und Durchsetzung der Schranke »

6.6 Expertise de Florent Thouvenin : « Urheberrechtliche Beurteilung von 'Catch-up TV' »

6.7 Présentation de Simon Osterwalder : « Antworten auf Forderungen der Rechteinhaber »

6.8 Avis de Google : « Stellungnahme zum Positions- und Diskussionspapier zur Verbesserung des urheberrechtlichen Schutzes für Medienverlage des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN »

6.9 Avis de l’association Bibliothèque Information Suisse (BIS) : « Positionen zum Thema ‘Urheberrechtsschranken’ »

6.10 Avis de l’Association des archivistes suisses (VSA-AAS) sur le thème des restrictions du droit d’auteur

7 Comptes rendus des séances de l’AGUR12

Anhang

Suisseculture (Vertretung der Urheberinnen und Urheber sowie der ausübenden Künstlerinnen und Künstler)

Es ist den Kulturschaffenden ein Anliegen, dass ihnen auch im Zeitalter des Internets Respekt für ihr Schaffen entgegengebracht wird und es ihnen weiterhin möglich ist, mit ihrer Tätigkeit ein Einkommen zu erzielen. Sie fordern deshalb die Sicherstellung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen.

Die in der AGUR12 im Rahmen eines Kompromisses gemeinsam getroffenen Empfehlungen können aus der Sicht von Suisseculture zu einer Verbesserung der Situation der Kunst- und Kulturschaffenden im Bereich des Urheberrechtes beitragen und werden begrüsst. Zur Verdeutlichung ihrer weitergehenden Vorschläge legen die Vertreterinnen und Vertreter der Urheberinnen und ausübenden Künstler Wert darauf, ihre in der AGUR12 eingebrachten Vorschläge kurz zu erläutern.

1. Zivilrechtliche Kausalhaftung für Urheberrechtsverletzungen

Ein Provider soll bei Urheberrechtsverletzungen, welche durch die Benutzung seiner Dienstleistungen entstehen, haftbar gemacht werden, es sei denn, er hat alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet, um solche Verletzungen systematisch zu verhindern.

Aus Sicht der Urheber bringt dieser Vorschlag folgende Vorteile:
Die Provider werden indirekt verpflichtet, nicht erst auf Hinweis der Rechteinhaber Massnahmen gegen Urheberrechtsverletzungen zu ergreifen, was mehr Fairness im Geschäftsverkehr bringt.

Das Kriterium "nach den Umständen gebotene Sorgfalt" stellt sicher, dass die Provider nur technisch mögliche und praktikable Massnahmen vorkehren müssen. Gegebenenfalls könnte das Kriterium durch einen von Provider- und Rechteinhabervertretern gemeinsam aufgestellten Verhaltenskodex präzisiert werden.

Die Piraterie wird in Zusammenarbeit mit Diensten bekämpft, die eine zentrale Rolle spielen.

Die zivilrechtliche Vorgehensweise behebt den Schaden. Es müssen keine repressiven Mittel eingesetzt werden, die zu einer Kriminalisierung der Konsumenten führen könnten.

Die Provider haben bei der Übernahme ihrer Verantwortung die Wahl der Mittel; sie können ihre Dienstleistungen bei illegalen einstellen oder solche Angebote legalisieren, indem sie mit den Rechteinhabern Verträge zur Lizenzierung abschliessen.

2. Streichung von Artikel 60 Absatz 1 Buchstabe a URG

Die Festsetzung der Vergütung nach den Kosten ist problematisch, weil sie den wirtschaftlichen Wert des Werks bzw. der Leistung nur ungenügend erfasst und deshalb dem dritten Element des Drei-Stufen-Tests "Berücksichtigung der Interessen der Rechteinhaber" zuwiderläuft. Das gilt vor allem bei Vergütungsansprüchen, die als Ausgleich für die Einschränkung eines Exklusivrechts gewährt werden.

3. Änderung von Artikel 60 URG durch einen neuen Absatz 2bis

"2bis Die Vergütungen nach Artikel 20 Absätze 2 und 3 sind so festzusetzen, dass der durch die Einschränkung der Vervielfältigungsrechte den Berechtigten entgangene Ertrag angemessen ersetzt wird."

Soweit es um konventionsrechtlich garantierte Exklusivrechte wie das Vervielfältigungsrecht oder das Recht auf Zugänglichmachen geht, verstösst Artikel 60 Absatz 2 URG aus Sicht der ausübenden Künstler und Künstlerinnen gegen das Gleichstellungsgebot mit den Urhebern nach Artikel 16 Absatz 1 WPPT.

4. Vereinheitlichung der Schutzfristen

Abweichungen des schweizerischen vom europäischen (inkl. liechtensteinischen) Recht sind in der Regel mit erheblichen zusätzlichen Kosten verbunden. Insbesondere eine Vereinheitlichung der Schutzfristen würde den Dokumentationsaufwand der Verwertungsgesellschaften verringern und zu Effizienzsteigerungen bei der kollektiven Wahrnehmung von Urheber- und Leistungsschutzrechten führen, was sich schliesslich positiv auf die Vergütungen der Kulturschaffenden auswirken würde. Vorgeschlagen wird deshalb eine Änderung von Artikel 39 URG:

"Der Schutz beginnt mit der Darbietung des Werks oder der Ausdrucksform der Volkskunst durch die ausübenden Künstler und Künstlerinnen, mit der Veröffentlichung des Ton- oder Tonbildträgers oder mit seiner Herstellung, wenn keine Veröffentlichung erfolgt, sowie mit der Ausstrahlung der Sendung; er erlischt nach *70* Jahren."

5. Einheitliche Regeln zum Schutz ausländischer Rechteinhaber

Bei den Leistungsschutzrechten gilt für die Leerträgerentschädigung, die betriebliche und schulische Kopie, die Vervielfältigung zu Sendezwecken und den dem Verwertungsrecht unterstellten Bereich der Online-Rechte der Grundsatz der Inländerbehandlung, während im Bereich der Sendung und Weitersendung sowie der Aufführung der Grundsatz der materiellen Reziprozität festgehalten ist. Den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen ist die durchgehende Einführung des Grundsatzes der materiellen Reziprozität für den gesamten Bereich der Leistungsschutzrechte ein Anliegen. Sie bemängeln, dass es das heutige System z.B. mit sich bringe, dass die schweizerischen Schauspieler in schweizerischen Produktionen aus Frankreich keinen Rappen Leerträgerentschädigung erhalten würden, da das französische Recht die Berechtigung an dieser Vergütung nur für Produktionen aus der EU anerkenne. Umgekehrt würden die französischen Schauspieler aufgrund der gesetzlich verankerten Inländerbehandlung in diesem Bereich in der Schweiz die vollen Rechte geniessen. Würde der Schutz generell auf die Inländer sowie Staatsangehörige, deren Heimatland Gegenrecht halte, beschränkt werden (soweit in einem Abkommen nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen sei), würden die Kosten der Verteilung gesenkt und damit die an die einheimischen Künstler auszahlbaren Beträge erheblich erhöht, ohne dass die Nutzer mehr belastet würden.

Sie schlagen deshalb einen neuen Artikel 1bis URG vor:

"[1]Ausländischen Rechtsinhabern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, stehen die Rechte nach diesem Gesetz nur zu, wenn der Staat, dem sie angehören, den schweizerischen Staatsangehörigen entsprechende Rechte gewährt.

[2]Vorbehalten bleiben die Bestimmungen von Staatsverträgen."

6. Verkürzung des Instanzenzugs im Tarifverfahren

Seit 2007 sind Beschwerden gegen Verfügungen der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) nicht mehr direkt ans Bundesgericht möglich, sondern müssen in erster Instanz vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt werden. Die Verwertungsgesellschaften bemängeln, dass sich dadurch die Verfahrensdauer verlängert habe, was Rechtsunsicherheit schaffe, beidseitig erhebliche Geschäftsrisiken berge und deshalb problematisch sei, weil Tarife zeitkritisch umgesetzt werden müssten. Zudem sei ein langer Instanzenzug für alle Beteiligten zeit-, arbeits- und kostenintensiv was letztendlich den Interessen der Berechtigten entgegensteht. Beschwerden gegen Verfügungen der ESchK sollen deshalb wieder direkt ans Bundesgericht zulässig sein.

7. Meilleure collaboration des utilisateurs

Afin que les sociétés de gestion puissent limiter leurs frais de fonctionnement, Suisseculture réclame une meilleure collaboration des utilisateurs d'œuvres et de prestations protégées. Ceux-ci devraient être tenus d'utiliser des formats électroniques standardisés pour leurs déclarations selon l'art. 51 al. 1 LDA, de même que les codes d'identification usuels sur le marché (par exemple : ISRC, ISAN, etc).

8. Unverzichtbarer Vergütungsanspruch für Urheber und ausübende Künstler

(Artikel 16a URG, neu)

[1]Jedes Nutzungsrecht kann vom Urheber oder seinen Erben nur gegen eine angemessene Vergütung übertragen werden. Dieser Anspruch auf Vergütung ist nicht abtretbar und unverzichtbar.

[2]Steht die vertragliche Vergütung in einem Missverhältnis zur Intensität der Nutzung, haben der Urheber oder dessen Erben Anspruch auf zusätzliche Vergütung.

[1] La cession d'un droit d'utilisation par l'auteur ou ses héritiers doit faire l'objet d'une rémunération équitable pour toute utilisation. L'auteur ou ses héritiers disposent d'un droit à rémunération équitable qui est inaliénable et auquel ils ne peuvent pas renoncer.

[2] S'il existe une disproportion entre la rémunération prévue par le contrat et l'intensité de l'utilisation, l'auteur ou ses héritiers ont droit à une rémunération supplémentaire.

C’est une disposition proposée par Suisseculture qui concerne toute les catégories d’auteurs et toutes les catégories d’œuvres.

Le développement lié au multi-média et à internet rend nécessaire l’adoption d’une solution à de nouvelles pratiques de producteurs ou d’éditeurs, tendant de plus en plus à imposer des cessions globales de tous les droits, sans rémunération supplémentaire.

C’est à l’origine impressum, Les journalistes suisses, qui parmi les premières organisations d’auteurs a demandé l’introduction dans la loi d’un droit à une rémunération équitable. Prenons l’exemple des journalistes libres: ils se font de plus en plus imposer par les éditeurs des cessions globales de droit d’auteur, incluant le multimédia, internet, que cela soit les sites de l’éditeur ou des sites d’autres éditeurs et ce, sans rémunération supplémentaire. Les journalistes libres, auparavant ne cédaient selon le GAV qu’une seule utilisation papier et les autres utilisations nécessitaient leur autorisation. La situation actuelle met les Libres en danger et nombreux sont ceux qui quittent le métier. Cette tendance est un risque pour la diversité des médias, et pour la démocratie, la qualité de la presse se réduisant d’autant.

Les auteurs d’œuvres littéraires se retrouvent dans la même situation où les éditeurs veulent de plus en plus une cession globale de tous les droits, sans rémunération supplémentaire. Ceci donné seulement pour exemples. La disposition devrait valoir pour tous les secteurs où les auteurs ne sont pas rémunérés justement, et ne peuvent se rattraper sur d’autres droits qu’ils ont réservés.

Les milieux des consommateurs devraient accepter ce principe aussi, eux qui sont pour une rémunération «fair» des auteurs, plutôt que toujours des intermédiaires.

Cette proposition est une réponse au postulat Recordon.

Le droit à une rémunération équitable de nature inaliénable se retrouve dans des législations de Pays voisins, comme la France et l’Italie, ainsi que l’Allemagne. Ce droit est discuté en ce moment dans le cadre du droit de l’UE.

C’est un principe fondamental – déjà connu dans la loi suisse pour les activités des sociétés de gestion collectives – proposé et conçu ici de manière générale en faveur des auteurs.

9. **Unverzichtbarer Vergütungsanspruch für Filmurheber und -interpreten**
(Artikel 10bis URG, neu)

"[1]Werden Kino- oder Fernsehproduktionen so zugänglich gemacht, dass Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben, so steht den Urhebern und Urheberinnen dieser Werke gegenüber dem Dienstanbieter ein nicht abtretbarer und unverzichtbarer Anspruch auf angemessene Vergütung zu, auch wenn sie das ausschliessliche Recht zum Zugänglichmachen übertragen haben.

[2]Dieser Vergütungsanspruch kann nur über Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

[3]Der Bundesrat kann diesen Grundsatz auf weitere Repertoires ausdehnen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert."

Das Vermieten von Filmen in physischer Form (DVD) ist gemäss Suisseculture zwischenzeitlich weitgehend durch Video-on-Demand Angebote (VoD) abgelöst worden, bei denen der Film in elektronischer Form zugänglich gemacht wird. Das geltende Urheberrecht sieht für das Vermieten eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungsanspruch vor, während in der EU das Exklusivrecht beibehalten, darüber hinaus aber für Urheber und Interpreten ein unverzichtbarer Vergütungsanspruch vorgesehen wird. Für VoD Angebote soll eine analoge Regelung geschaffen werden wie sie die EU für das Vermieten vorsieht, um sicherzustellen, dass auch Urheber und Interpreten an den Erlösen aus diesem neuen Geschäftsmodell partizipieren. (Vgl. auch Tabelle 3.9).

10. Zugänglichmachen durch natürliche Personen (Artikel 20a URG, neu)

Suisseculture schlägt vor einen neuen Artikel 20a URG mit folgendem Wortlaut vor:

"[1]Das Recht, einzelne Werke so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben, kann gegenüber natürlichen Personen nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden; bei der Festsetzung der Entschädigung finden die Regeln des Artikel 60 keine Anwendung.

[2]Werden die Werke mit Hilfe eines Dritten zugänglich gemacht, welcher der natürlichen Person Dienstleistungen und Speicherkapazitäten zur Verfügung stellt, richtet sich der Anspruch gegen diesen Dritten.

[3]Hat der Dritte keinen Geschäftssitz in der Schweiz, richtet sich der Anspruch gegen den schweizerischen Dienstleistungsbetrieb, welcher den Zugang zu den Dienstleistungen oder Speicherkapazitäten des Dritten vermittelt."

Suisseculture strebt mit diesem Vorschlag eine einfache Regelung des Uploads durch Private an. Juristische Personen verfolgen mit ihrem Internetauftritt in der Regel direkt oder indirekt kommerzielle Zwecke, weshalb die Vereinfachung für sie nicht gelten soll. Diese Unterscheidung führt aus Sicht von Suisseculture gleichzeitig zum erwünschten Ergebnis, dass sich die Bekämpfung der Piraterie auf Verletzungen des Urheberrechts durch juristische Personen konzentriert. Zudem bietet eine solche Lösung den Vorteil, dass sowohl die privaten Einkommen wie auch die Dritten als Anbieter sich im rechtssicheren Raum bewegen.

11. Kollektive Verwertung des Zugänglichmachens von Werken nicht-theatralischer Musik durch eine Ergänzung von Artikel 40 Absatz 1 Buchstabe a URG

Suisseculture schlägt folgende Regelung vor

"[1]Der Bundesaufsicht sind unterstellt:

die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nicht-theatralischer Werke der Musik und zu Herstellung von Tonträgern oder Tonbildträgern solcher Werke; *die Verwertung des ausschliesslichen Rechts solche Werke von der Schweiz aus so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang dazu haben sowie die Verwertung des ausschliesslichen Rechts, solche Werke zu diesem Zweck zu vervielfältigen*;"

Ziel des Vorschlags ist die Ausdehnung der kollektiven Verwertung auf das Zurverfügungstellen von Musik online. Er bezieht sich nur auf die Urheberrechte und nicht auch auf die verwandten Schutzrechte, weil dort die Verwertung anders geregelt ist. Aus Sicht der Urheber hat sich die kollektive Verwertung im Bereich der Musik bei den bisherigen klassischen Nutzungen wie Radio, Fernsehen, Konzerten usw. bewährt. Nun soll der Erwerb der notwendigen Rechte für Online-Plattformen aus der Schweiz vereinfacht werden und damit schliesslich auch die Entwicklung von innovativen und legalen neuen Angeboten gefördert werden.

12. Einführung des Verleihrechts für elektronische wie gedruckte Werke

Unter anderem der schweizweite Zusammenschluss von Bibliotheken für gemeinsame Dienstleistungen ermöglicht einen immer flächendeckenderen Zugang zu Büchern, Hörbüchern, Zeitschriften und Zeitungen. Damit findet eine starke Erhöhung der Nutzung der Werke der Urheber statt, ohne dass diese für die Nutzung eine Entschädigung erhalten. Das analoge und digitale Zurverfügungstellen, Zugänglichmachen und Nutzen von einzelnen Werken ist deshalb mit einer angemessenen Vergütung der Urheber und Urheberinnen zu verbinden. Um einen gerechten Ausgleich für die Urheber sicherzustellen, ist die gesetzliche Einführung eines analogen und digitalen Verleihrechts der richtige Weg.

13. Einführung des Lichtbildschutzes in der Schweiz

Fotografien sind heute nur geschützt, wenn sie aufgrund ihrer Gestaltung eine besondere Individualität aufweisen und als persönliche geistige Schöpfung eingestuft werden. Der Schutz erlischt 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers oder der Urheberin. Die Kriterien für die Schutzwürdigkeit von Fotografien und die daraus resultierende Rechtsprechung in der Schweiz sind für die aus sechs Branchenverbänden bestehende Arbeitsgruppe Lichtbildschutz (Impressum, syndicom, SAB, USPP, vfg und SBF) nicht nachvollziehbar und haben zu Rechtsunsicherheit geführt. Die unerlaubte Nutzung jener Fotografien, die über das URG nicht geschützt sind, kann auch vom UWG nicht unterbunden werden. Deshalb sollen mit dem *Lichtbildschutz*, der in Deutschland und Österreich schon lange eingeführt ist, grundsätzlich alle Fotografien vor unerlaubtem Zugriff geschützt werden. Die Schutzdauer könnte dabei z.B. bereits 50 Jahre nach dem Aufnahmedatum oder der ersten Veröffentlichung des Bildes enden.

AudioVision Schweiz

04.12.2013

Stellungnahme zum Schlussbericht der AGUR12

Die von den Teilnehmern der AGUR12 beschlossenen Empfehlungen des Kapitels 9 sind ein letztlich akzeptabler Kompromiss und werden von AudioVision Schweiz als ***Gesamtpaket*** *begrüsst. Alle beteiligten Verbände (Konsumenten, Kulturschaffende, Produzenten und Wirtschaft) mussten Zugeständnisse machen.*
Hervorzuheben ist, dass es den Teilnehmern der AGUR12 trotz unterschiedlichster Ansichten gelungen ist, einen Konsens zu erarbeiten und gemeinsam tragfähige Lösungen zu präsentieren. Angesichts einer in der Öffentlichkeit oft hitzig und polemisch geführten Urheberrechtsdebatte war dies keine Selbstverständlichkeit. Die Politik sollte dies anerkennend würdigen und davon absehen, das ausgewogene Gesamtpaket aufzubrechen.
Damit die AGUR12 letztlich einen konsensbasierenden Kompromiss vorlegen konnte, musste auch AudioVision Schweiz auf viele Anliegen und Forderungen verzichten. Zur Verdeutlichung ihrer weitergehenden Vorschläge erlaubt sich AudioVision Schweiz, ihre in die AGUR12 eingebrachten Vorschläge im vorliegenden Anhang zu erläutern.

Folgende Massnahmen zur Verbesserung der Situation der Produzenten und Vertriebe wurden von Audiovision Schweiz eingebracht:

1. Grundlegende Massnahmen zur Verbesserung des Rechtsschutzes

Die im heutigen Urheberrechtsgesetz vorgesehenen Instrumente zur Rechtsdurchsetzung stammen aus dem Vor-Internetzeitalter und sind dementsprechend veraltet. Sie sanktionieren ausschliesslich individuelles Fehlverhalten und verkennen dadurch, dass unlizenzierte Angebote im Internet heute ein Massenphänomen sind, zu deren Eindämmung neue, ergänzende Mittel erforderlich sind. Waren früher (im Sinne von Art. 67 URG) Täter und wirtschaftlicher Profiteur der Tathandlung identisch, fällt heute diese Eigenschaft meist auf unterschiedliche Personenkreise: Juristische Täter sind die Nutzer („Uploader“ in Peer-to-Peer-Netzwerken, Cyberlockern und Warez-Seiten), während die wirtschaftlichen Profiteure fast ausschliesslich die Betreiber der zugehörigen Plattformen sind. Diese beziehen erhebliche Einkünfte aus dem Verkauf von Werbung[1] und höheren Down- und Uploadraten[2] und belohnen das deliktische Verhalten ihrer Nutzer häufig durch finanzielle Anreizprogramme[3]. Um dieser neuen Ausgangslage massenhaften Rechtsverletzung gerecht zu werden, sind ergänzende Mittel erforderlich, andernfalls nur die massenhafte

[1] *Exemplarisch http://thepiratebay.sx/ (zuletzt besucht am 05.09.2013).*
[2] *Exemplarisch http://cyberlocker.ch/premium.html, (zuletzt besucht am 05.09.2013).*
[3] *Exemplarisch http://www.purevid.com/?m=make_money (zuletzt besucht am 05.09.2013).*

AudioVision Schweiz Postfach 530 Telefon 031 387 37 17 info@audiovisionschweiz.ch
3000 Bern 14 Zieglerstrasse 29 Telefax 031 387 37 99 www.audiovisionschweiz.ch

Rechtsverfolgung als Alternative übrigbliebe, was politisch nicht wünschenswert ist. In diesem Zusammenhang steht auch die Tatsache, dass sich die geschädigten Anzeigeerstatter heute seitens der Staatsanwaltschaften mit Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügungen konfrontiert sehen; die derzeitigen Instrumente laufen somit ins Leere.
Die Anliegen der Produzenten werden nachfolgend anhand der drei technischen und wirtschaftlichen Hauptformen illegaler Angebote erläutert: Ausländische Websites, Filehoster und Peer-to-Peer Netzwerke.

1.1. IP/DNS-Blocking

Diese Massnahme richtet sich gegen Websites, die von unbekannten oder juristisch nicht erreichbaren Standorten aus betrieben werden. Hierbei handelt es sich in der einen Variante um Seiten, die unlizenziert direkt den Download oder das Streaming von Musik, Filmen, Büchern etc. anbieten[4]; andererseits handelt es sich um Linksammlungen, die Links zu Dateien auf Filehostern[5] oder Torrents zu Peer-to-Peer Netzwerken[6] anbieten. Die bedeutsamsten dieser Seiten werden von den Tätern kommerziell betrieben und generieren durch Werbung Umsätze, oft in Millionenhöhe. Mit den heutigen Mitteln ist es für einen Rechteinhaber in der Schweiz faktisch unmöglich, gegen solche Anbieter vorzugehen: Er sieht sich einem kaum durchdringbaren Dschungel von Serverstandorten, Proxies und Offshore-Firmen gegenüber. Ist diese Hürde dennoch geschafft, enden die Spuren meist in Ländern, in denen das Prozessieren nur mit sehr grossem Aufwand möglich ist und Jahre dauert – in der Zwischenzeit steht der Server wieder in einem anderen Land.
Der Zugang zu solchen Angeboten aus der Schweiz heraus soll mittels IP- und DNS-Blocking verunmöglicht werden; denn einzig Internet Access Provider sind imstande, mit angemessenem (recht kleinem) Aufwand den Zugang zu solchen Sites zu hindern oder doch wirksam zu erschweren. Auf Antrag eines Rechteinhabers sollen daher Zivilgerichte oder eine Behörde prüfen, ob eine Plattform überwiegend der illegalen Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke und Aufnahmen dient und gegebenenfalls eine entsprechende Sperrverfügung an die Access Provider erlassen. Hier kann von den Erfahrungen des europäischen Auslands profitiert werden, weil verschiedene Länder bereits über entsprechende Rechtsgrundlagen verfügen[7]. Siteblocking ist auch in der Schweiz auf dem Gebiet der Bekämpfung der Kinderpornografie bereits Realität (KOBIK).

---

4 *Beispielsweise dilandau.eu, beemp3.com, casacinema.tv.*

5 *Beispielsweise filestube.com, kinox.to, movie2k.to.*

6 *Beispielsweise thepiratebay.sx, torrentz.eu.*

7 *Art. 8 Abs. 3 Urheberrechts-Richtlinie (Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001) Gesetzliche Regelungen zu Zugangssperren („IP-/DNS-Blocking“) bei Urheberrechtsverletzungen existieren z. B. in Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Indien, Irland, Italien, Malaysia, Niederlande, Norwegen, Österreich, Südkorea, Spanien, Türkei.*

1.2. Sorgfaltspflichten für Hosting Provider

Diese Massnahme richtet sich an schwarze Schafe unter den Anbietern von Cloud-Diensten. Die meisten Cloud-Dienste befriedigen vollkommen legal das legitime Nutzerbedürfnis, Daten auf einfache und kostengünstige Weise extern zu speichern und somit leicht auf verschiedenen Geräten zugänglich zu machen[8]. Diesen Anbietern ist gemein, dass sie bestimmte minimale Vorsichtsmassnahmen treffen, damit ihre Dienstleistungen nicht leicht für massenhafte Urheberrechtsverletzungen missbraucht werden können; der Adressaten-Kreis / das Zugänglichmachen ist strikte auf den Eigengebrauch limitiert. Nicht so die schwarzen Schafe der Branche: Sie haben Geschäftsmodelle aufgebaut, welche solche Rechtsverletzungen durch ihre Nutzer gezielt provozieren oder in Kauf nehmen. Beispielsweise durch finanzielle Anreizmodelle spornen sie Nutzer an, möglichst grosse Datenmengen hochzuladen und anschliessend durch die Massen-Verbreitung der Links in einschlägigen Foren und Linksammlungen möglichst viele Downloads und Traffic beim Filehoster zu erzeugen, welche ihrerseits den so angelockten Downloadern höhere Ladegeschwindigkeiten verkaufen[9]. Diese Filehoster werden kommerziell betrieben und generieren oft Einnahmen in Millionenhöhe durch den Verkauf von höheren Download-Geschwindigkeiten und Werbung. Es ist leicht verständlich, dass dieses Geschäftsmodell nur deshalb funktioniert, weil die hochgeladenen Dateien einem Massenpublikum zugänglich gemacht werden und die Grenze des Eigebrauchs massiv überschritten wird. Mit den heutigen Mitteln ist es für einen Schweizer Rechteinhaber nicht möglich, gegen solche Anbieter vorzugehen, denn diese beteuern, nicht zu wissen, dass auf ihren Servern massenhaft urheberrechtlich geschützte Werke und Aufnahmen verbreitet werden[10].

Hosting Provider sollen dazu verpflichtet werden, minimale Sorgfaltspflichten einzuhalten, damit ihre Dienstleistungen nicht leicht missbraucht werden können, widrigenfalls sie selbst für die Rechteverletzungen haften sollen. Diese Sorgfaltspflichten umfassen bspw. ein Verfahren zur Löschung von Dateien auf Verlangen eines Rechteinhabers sowie die Obliegenheit des Betreibers, den erneuten Upload der gleichen Datei zu unterbinden („take-down **and** stay-down“), eine sinnvolle Beschränkung der Anzahl möglicher Downloads einer Datei, die Identifizierung der Kunden, den Ausschluss von Nutzern (sperren von Accounts), welche Urheberrechte verletzen oder auch die aktive Prüfung von einschlägigen

---

8 *Beispielsweise Dropbox, Evernote, Swisscom Cloud Computing.*

9 *Beispielsweise cyberlocker.ch, uploaded.net, cloudzer.net.*

10 *Eine im März 2013 publizierte Studie des Marktforschungsunternehmens GfK sowie der auf Markenschutz spezialisierten Firma OpSec hat ergeben, dass die populärsten Filehoster zu durchschnittlich 96,5% für urheberrechtsverletzende Inhalte genutzt werden (http://opsecsecurity.de/files/GfK_OpSec_Studie_Sharehoster.pdf).*

Linksammlungen und Foren auf Links zu gehosteten Inhalten. Auch hier kann von den Erfahrungen des Auslands und der einschlägigen Rechtsprechung profitiert werden[11].

1.3. ***Aufklärende Hinweise***

Anders als die vorgenannten Infrastrukturen haben P2P-Netzwerke einen weniger unmittelbaren kommerziellen Hintergrund, wenngleich auch hier für die Teilnehmer wirtschaftliche Anreize zur Verfügung stehen: Wer als Teilnehmer nicht nur herunterlädt sondern auch anbietet, profitiert von höheren Transfergeschwindigkeiten – je grösser das eigene Angebot an Dateien desto schneller kann heruntergeladen werden. Nach gegenwärtiger Rechtslage kann das Verhalten der P2P-Teilnehmer nur über den repressiven Ansatz der Strafanzeige gegen Uploader beeinflusst werden, auf die ein aufwändiges Ermittlungsverfahren mit Hausdurchsuchung und Computerbeschlagnahme folgt. Dabei wäre gerade in diesem Bereich die oft gehörte – und meist etwas ratlos anmutende – intensivierte Aufklärung der Konsumentinnen und Konsumenten zielgerichtet platziert.
Stellt ein Rechteinhaber fest, dass ein P2P-Teilnehmer geschütztes Repertoire anbietet, meldet er die (öffentlich einsehbare) IP-Adresse von dessen Router an den dazugehörigen Access-Provider. Dieser identifiziert den Teilnehmer und verschickt einen schriftlichen Hinweis an den Anschlussinhaber, worin dieser über die strafrechtlichen aber auch wirtschaftlichen Folgen der Teilnahme an P2P aufklärt wird und mehr über den Gegenstand und Zweck des Urheberschutzes erfährt. Falls der P2P-Teilnehmer sein Verhalten nicht ändert und sich dieser Vorgang zweimal wiederholt, reduziert der Provider die Bandbreite des Anschlusses für eine bestimmte Dauer (bspw. ein Jahr). Der Rechteinhaber hat dann eine bestimmte Frist (bspw. drei Monate), um eine Strafanzeige einzureichen; somit kann es zum normalen Strafverfahren kommen, in dem die Identität des Verletzers ermittelt und der Fall zur Beurteilung gebracht wird. Dieses Modell bedeutet zunächst eine erhebliche Entschärfung für den widerrechtlich handelnden Nutzer, wodurch etwa in Familien mit Jugendlichen Zeit gewonnen wird, die Frage der Täterschaft zu klären und das Verhalten familienintern zu besprechen und zu ändern. Erfahrungen mit ähnlichen Modellen im Ausland[12] zeigen, dass der weitaus grösste Teil der erstmals Verwarnten tatsächlich das

---

[11] *Art. 14 E-Commerce-Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000), vgl. die sog. Störerhaftung in Deutschland (hierzu namentlich der Entscheid des Bundesgerichtshofes I ZR 18/11 auf http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=63067&pos=0&anz=1) und ähnliche Konzepte in den USA, Kanada und Australien.*

[12] *Warnhinweismodelle existieren derzeit – in unterschiedlichen Ausgestaltungen – in den USA, Irland, Frankreich, Neuseeland, Chile, Taiwan, Australien und Mexiko.*

Verhalten ändert[13]. Der Vorteil für die Steuerzahler, Strafverfolgungsbehörden und Rechteinhaber ist, dass sich das aufwändige und teure Strafverfahren meist erübrigt.

2. Ergänzende Massnahmen zur Verbesserung des Rechtsschutzes

Aus Sicht von AudioVision Schweiz sind die Instrumente zur Durchsetzung von urheberrechtlichen Ansprüchen und die angedrohten Strafen heute zu schwerfällig und komplex. Deshalb seien Erleichterungen beim Zugang zur Rechtsdurchsetzung für die Rechteinhaber und zielführende Sanktionen notwendig. AudioVision Schweiz fordert:

2.1. Einführung eines beschleunigten (verkürzten und vereinfachten) Zivilverfahrens;

2.2. vereinfachte Entschädigung für entstandenen Schaden im Rahmen des Zivilverfahrens (gesetzlich festgelegter Schadenersatz, Zuschläge auf gewöhnlichen Entschädigungen für allfällige Urheberrechtsverletzungen);

2.3. vereinfachtes Bussensystem im Urheberstrafrecht und Einführung von edukativen Massnahmen für minderjährige Täter;

2.4. Sicherstellung eines zentralen Supports für kantonale Strafverfolgungsbehörden oder Schaffung von Bundeskompetenz zur Verfolgung von Urheberrechtsdelikten;

2.5. Fachgerichte für den Bereich Urheberrecht;

2.6. erleichterte und unentgeltliche beschleunigte Prozessführung für Autoren und Künstler, die ihre Rechtsansprüche gegen Urheberrechtsverletzer durchsetzen wollen.

3. Schaffung von wirtschaftlichen Anreizen zur Förderung lizenzierter Angebote

Gemäss AudioVision Schweiz profitieren Anbieter von nicht lizenzierten Werken sowie Vermittler stark von hohen Nutzerzahlen, die wesentlich durch Suchdienste beeinflusst werden. Würde dieser Verkehr wegfallen, würde auch die Attraktivität der betreffenden Plattformen für die Werbewirtschaft, welche heute immer noch oft auf solchen Plattformen Werbefläche weitervermittle, sinken, was zu Einnahmeausfällen bei den Plattformen führen würde. Analog würde die Verhinderung von Zahldiensten für diese Plattformen zu einer entscheidenden Erschwernis führen, wirtschaftlichen Profit aus der Verwertung von nicht lizenzierten Angeboten zu erzielen Zusätzliche Massnahmen sind daher notwendig, um die Attraktivität des Betriebs illegaler Plattformen zu minimieren bzw. mehr Verkehr auf legalen

[13] *Beispiel Frankreich: Von den 1,15 Mio. erstmals verwarnten Franzosen mussten nur 8% ein zweites Mal verwarnt werden und nur 340 (=0,03%) wurden ein drittes Mal registriert (Quelle: Hadopi Jahresbericht 2012).*

Plattformen zu bringen und damit eine Verbesserung der Voraussetzungen für deren Geschäftsmodell zu erwirken:

3.1. Verpflichtung der Zahlungs- und Werbedienstleister / Werbetreibende, auf Identifikation und Anzeige hin Kundenkontakte mit Urheberrechtsverletzern und entsprechenden Vermittlern einzustellen;[14]

3.2. Zusammenarbeit mit Suchmaschinen (De-Listings von Seiten bzw. Suchtreffern mit überwiegend nicht lizenzierten Angeboten). Die gängigen Suchmaschinen (google, bing, etc.) sollen bei User-Abfragen nach entsprechendem Inhalt - Betreiber von Onlinediensten mit nicht-lizenzierten Inhalten nicht als Suchtreffer anzeigen und ausschliesslich legale Anbieter listen.

4. Verbesserung des Rechtsbewusstseins zur Förderung lizenzierter Angebote aus legalen Quellen

Ergänzende Massnahmen zur Förderung des Unrechtsbewusstseins und zur Unterstützung legaler Angebote sind notwendig:

4.1. Förderung von Information über den Urheberrechtsschutz und den Schutz verwandter Rechte durch den Bund mit dem Ziel, die Nutzung von Werken aus autorisierten Quellen zu unterstützen;

4.2. Im Interesse der kulturellen Vielfalt des Angebots muss das Bewusstsein für den Schutz des geistigen Eigentums (wieder) aufgebaut werden. Informationskampagnen, Aufbau eines Labels z.B. „fair paid artist“, das dem Konsumenten anzeigt, dass er ein lizenziertes Angebot in Anspruch nimmt (white and black lists, auch für Eltern), etc. sind notwendige Massnahmen um a) Rechtsbewusstsein zu schaffen und b) die lizenzierten Angebote aus legalen Quellen zu fördern;

4.3. Einführung klarer Normen, wonach das Kopieren zum Eigengebrauch aus erkennbar widerrechtlichen Quellen nicht erlaubt und deshalb bei Vorsatz auch strafbar ist.

Es war ein strategisch falscher Entscheid des Gesetzgebers, den Download aus illegaler Quelle zu legalisieren. Nebst den verschiedenen juristischen Vorbehalten ergibt sich

---

[14] *i.S. von …. Google, Microsoft und Yahoo, aber auch 24/7 Media, AOL, Condé Nast, Adtegrity und Spotexchange haben sich auf eine freiwillige Selbstverpflichtung einigen können, die den Fluss von Werbegeldern an die Betreiber von Onlinediensten mit nicht-lizenzierten Inhalten einschränken soll. Konkret wollen die beteiligten Unternehmen nach entsprechenden Benachrichtigungen dafür sorgen, dass über ihre Netzwerke verbreitete Werbeeinblendungen von fragwürdigen Seiten zurückgezogen werden.*

rückblickend vor allem die Erkenntnis: Die Schweizer Nutzer wurden dadurch ermuntert, gegenüber illegalen Angeboten und den dadurch entstehenden Schäden eine pauschal unkritische Haltung einzunehmen und den Bezug von Musik und Filmen aus solchen „Gratisangeboten“ für selbstverständlich anzusehen. Nebst den direkten Schäden für die Künstler und Produzenten behindert dies nachhaltig die Entwicklung, den Aufbau und den Erfolg legaler innovativer Geschäftsmodelle. Folglich sollte dieser Fehlentscheid vom Gesetzgeber korrigiert und die Nutzung widerrechtlich zugänglich gemachter Werke und Aufnahmen (wieder) für strafbar erklärt werden[15] -> Privatkopie nur aus erlaubter Quelle!
Das manchmal vorgeschlagene Element der „offensichtlich illegalen Quelle“ halten die Produzenten für überflüssig, weil der geforderte Straftatbestand als Vorsatzdelikt ausgestaltet wäre: Vorsatz erfordert bereits, dass der Täter weiss, dass er einen Download aus illegaler Quelle begeht und dies auch will (Art. 12 Abs. 2 StGB). Blosse Fahrlässigkeit, also ein bspw. ein irrtümliches Handeln, ist hier nicht strafbar. Durch das Element des Vorsatzes wird das Element der offensichtlich illegalen Quelle somit konsumiert und verliert seine juristische Relevanz. Vor strafrechtlicher Verfolgung stets geschützt ist demnach, wer sich über die Legalität des Angebots irrte oder einen Download versehentlich ausführte.
Die Probleme des Urheberrechtsschutzes liegen noch dringlicher im Bereich der Rechtsdurchsetzung, weshalb die geforderten Massnahmen in jenem Bereich von prioritärer Bedeutung sind. Ein Verbot des Downloads aus illegaler Quelle allein ohne flankierende Verbesserungen der Durchsetzungsmöglichkeiten hätte einen wenig nachhaltigen Effekt.

5. Eindämmung der Produktion von widerrechtlich erstelltem Material

Um die Produktion von widerrechtlich erstelltem Material einzudämmen, fordert AudioVision Schweiz folgende Massnahmen:

5.1. Klärung und Bestätigung der Widerrechtlichkeit (Artikel 10 i.V.m. Artikel 19 Absatz 3 Buchstabe d URG) der Aufzeichnung von öffentlich vorgeführten, urheberrechtlich geschützten Werken (Kino, Konzert, Lesung usw.) und ihrer anschliessenden Zurverfügungstellung u.a. im Internet;

[15] *Download aus illegaler Quelle ist zum Beispiel in Dänemark, Italien und Frankreich gesetzlich verboten. In Deutschland ist die private Vervielfältigung nur erlaubt, „soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellt oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird “ (§ 53 Abs.1 D-UrhG).*

5.2. gesetzgeberische Klarstellung des Missbrauchsverbots von Umgehungstechnologien. Verstärkung des Rechtsschutzes der legalen Angebote durch eine Erhöhung des Strafmasses für das gewerbliche Angebot von Umgehungstechnologien (auf 5 Jahre), durch Verfolgung der Verbreitung solcher Hilfsmittel als Offizialdelikt und durch die Aufhebung von Artikel 39a Absatz 4 URG;

Der Rechtsschutz sogenannter technischer Massnahmen war als WIPO-Vorgabe mit der Revision, insbesondere mit einem Umgehungsverbot (Art. 39a Abs. 1 URG), neu geschaffen worden. Zugleich wurde er aber durch die Freistellung solcher Umgehungen für gesetzlich erlaubte Verwendungen (Art. 39a Abs. 4 URG) weitgehend wirkungslos. Das ergänzend eingeführte Verbot, Umgehungstechnologien zu verbreiten, scheitert in der Praxis daran, dass diese meist aus ausländischen Internet-Quellen heruntergeladen werden können. Es war absehbar, dass dieser Rechtsschutz in der Schweiz danach praktisch ins Leere gehen würde. Umgehungstechnologien finden zunehmend Verbreitung und werden massenhaft angewendet, ohne dass ein effektiver Rechtsschutz dem entgegenstünde. Dabei sind diese geeignet, etablierte und neue Geschäftsmodelle der elektronischen Verwertung – jene, die angeblich der massenhaften Piraterie entgegenwirken sollen – zunichte zu machen. Das geschieht beispielsweise, wenn mittels Software-Tools die geschützten Inhalte von Online-Libraries wie iTunes missbräuchlich exportiert und verbreitet, oder Streams von Musik und Filmen z. B. auf Youtube oder im Video-on-Demand gerippt und kopiert werden können. Das ist nur zu verhindern, wenn der Gesetzgeber klarstellt, dass solche Missbräuche nicht erlaubt sind. Abs. 4 von Art. 39a URG ist deshalb ersatzlos zu streichen.

5.3. IP-Blocking zu ausländischen Anbietern von Umgehungssoftware

6. Auskunftspflicht der ISP zugunsten der Rechteinhaber

Solange und soweit Rechtsschutz bei Urheberrechtsverletzungen einzig über straf- oder zivilrechtliche Gerichtsverfahren möglich ist, ist eine Identifikation der Rechtsverletzer durch den Rechteinhaber unverzichtbar. Möglich ist das nur über die verwendete IP-Adresse; dieses technisch notwendige Vorgehen verwehren die Staatsanwaltschaften jedoch seit 2010 aufgrund eines fragwürdigen Bundesgerichtsentscheides (BGE 136 II 508, „Logistep“) zum Datenschutzrecht. Das führt heute dazu, dass der Urheberrechtsschutz im Internet in der Schweiz weitgehend nicht mehr durchsetzbar ist. Zur Abhilfe ist eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, wonach Rechteinhaber die Identifizierung von Rechtsverletzern von deren ISPs aufgrund eines einfachen zivilrechtlichen Auskunftsbegehrens verlangen können und die dafür erforderlichen Daten zu diesem Zweck bearbeiten dürfen.

7. Verankerung des Grundsatzes der nationalen Erschöpfung im Urheberrechtsgesetz bzw. Gewährung des Gegenrechts bei internationaler Erschöpfung

Das Bundesgericht urteilte 1998 (BGE 124 III 321), der Erschöpfungsgrundsatz des schweizerischen Urheberrechts (Art. 12 Abs. 1 URG) gelte weltweit. Das heisst, Werkexemplare, die an einem beliebigen Ort im Ausland mit einer Lizenz der Rechteinhaber veräussert wurden, dürfen in die Schweiz eingeführt und hier vertrieben werden – im Unterschied etwa zum Patentrecht. Diese Rechtslage führt letztlich zu einer Selbstdiskriminierung der Schweiz, insbesondere gegenüber der EU: Dort endet die Geltung des Erschöpfungsprinzips an der Aussengrenze (gemeinschaftsweite Erschöpfung). Schweizer Anbieter können zum Beispiel lizenzierte DVDs und CDs nur im kleinen Schweizer Markt, nicht jedoch in den Nachbarländern vertreiben. EU-Anbieter dürfen dagegen ungehindert die Schweiz mit Exemplaren derselben Filme und Musik überschwemmen. Schweizer Unternehmen, die auch einheimische Kultur pflegen, werden so benachteiligt und wirtschaftlich abgedrängt. Seit Beginn der anhaltenden Frankenstärke hat sich dieses Problem akzentuiert[16], ohne dass die Chance besteht, dass bei umgekehrten Währungsverhältnissen jemals die Schweizer Anbieter profitieren. Zum Schutz der Schweizer Kreativwirtschaft ist es deshalb notwendig, den Grundsatz der nationalen Erschöpfung im Urheberrechtsgesetz zu verankern, wie es auch im Patentrecht seit jeher der Fall ist. Wenigstens aber sollte ein Gegenrechtsvorbehalt eingeführt und damit gleich lange Spiesse geschaffen werden. Das heisst: Unautorisierte Importe sind nur aus solchen Ländern zuzulassen, die dies umgekehrt auch erlauben.

8. Einschränkung der Herstellung von Eigengebrauchskopien durch Dritte

Die gesetzliche Bestimmung, wonach Eigengebrauchskopien durch Dritte hergestellt werden dürften, geht auf die Nutzung von Fotokopiergeräten in Bibliotheken zurück. Diese Regelung wird heute unkritisch auf Kopier- und Aufnahmedienste im Internet angewendet, was diese Schranke ad absurdum führt. Trotz verändertem, nun digitalem, Umfeld ist sie in der URG-Revision im Wesentlichen unberührt, und vor allem unbestimmt und viel zu weit gehend geblieben. Neuerdings versteigt sich die Eidgenössische Schiedskommission sogar zum Genehmigen eines Tarifes, der noch weiter geht als der Pressespiegel-Entscheid, indem sie „Catch-up“ TV - eine zentrale Aufzeichnung sämtlicher TV-Programme inklusive im Handel

[16] *Nach Untersuchungen von IFPI Schweiz, SVV (Schweiz. Video-Verband) und der Media Control AG stammen auf diese Weise 20–30% der in der Schweiz verkauften CDs/DVDs/BDs aus dem Ausland bzw. werden entsprechend importiert.*

erhältlicher Filme und deren anschliessendem Zugänglichmachen an die Nutzer - als Privatkopie qualifizierte. Die Urheberrechte werden laufend weiter ausgehöhlt. Das Herstellen von Kopien zum Eigengebrauch durch Dritte ist gesetzlich entlang den Anforderungen des Internet-Zeitalters zu präzisieren, und zwar in einer mit dem „Drei-Stufen-Test“ kompatiblen Weise (vgl. zum so genannten „Drei-Stufen-Test“: Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs, Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT). Danach muss der zulässige Eigengebrauch auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sein, darf die normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht unzumutbar verletzen.
Aus Sicht von AudioVision Schweiz leidet der privatrechtliche Rechtsschutz daran, dass ein überführter Urheberrechtsverletzer häufig pekuniär nicht schlechter gestellt ist als der legale Lizenznehmer, weil sich ein höherer Schaden als die übliche Lizenzgebühr juristisch nicht beziffern lässt. Auch für den Aufwand der Rechteinhaber, Rechtsverletzungen nachzugehen, würden die Verletzer meist nicht aufkommen müssen. Beides begünstige ein Klima, in dem sich Verletzungen in der Regel wirtschaftlich lohnen würden. Ein probates Mittel dagegen sei eine Verdoppelung der Lizenzgebühr im Verletzungsfall.

9. Angleichung der Schutzfrist für Leistungsschutzrechte

AudioVision Schweiz befürwortet eine Angleichung der Schutzfristen für die verwandten Schutzrechte auf 70 Jahre. International gilt die Entwicklung zu längeren Schutzfristen auch für die Interpreten- und Produzentenrechte, die heute in der Schweiz 50 Jahre ab Produktion (gegenüber 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers) dauern. Das Lebenswerk berühmter Interpreten, welche oft erst eine Aufnahme gemeinsam mit dem Produzenten zum Erfolg geführt hat, wird damit viel früher entwertet, als jenes der Komponisten und Textdichter. Die Fairness gebietet eine Angleichung der Schutzfristen auf 70 Jahre, wie dies 2011 durch den Europarat für Musikaufnahmen für alle EU-Länder beschlossen wurde. Sollte die Schweiz mit dem EU-Ausland nicht mitziehen, würde dies zu einer Selbstdiskriminierung der eigenen Künstler und Produzenten zu denjenigen des umliegenden Auslands führen – ein weiterer Standortnachteil der hiesigen Kreativwirtschaft.

10. Streichung von Artikel 60 Absatz 2 URG

Die starre Festsetzung des 10:3-Verhältnisses urheberrechtlicher zu leistungsschutzrechtlicher Vergütungen ist gemäss AudioVision Schweiz mit dem konventionsrechtlichen Grundsatz der Vergütung nach dem wirtschaftlichen Wert der

Leistungen unvereinbar. Allfällige Abstufungen müssten durch Unterschiede des wirtschaftlichen Wertes der zu vergütenden Leistungen gerechtfertigt sein. Das heutige Konventionsrecht gehe von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit von urheberrechtlicher und leistungsschutzrechtlicher Leistung aus (Artikel 16 WPPT), was sich in den Aufteilungsgrundsätzen sämtlicher europäischer Länder wiederspiegle (mit Ausnahme der Schweiz). Um eine Diskriminierung der Schweizer Interpreten und Produzente zu verhindern, sei die Bestimmung in Artikel 60 Absatz 2 URG deshalb ersatzlos zu streichen.

AudioVision Schweiz Postfach 530 Telefon 031 387 37 17 info@audiovisionschweiz.ch
3000 Bern 14 Zieglerstrasse 29 Telefax 031 387 37 99 www.audiovisionschweiz.ch

Stellungnahme des Dachverbandes der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) zum Schlussbericht AGUR12

1. Einleitung

1 Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga, Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, hat am 8. August 2012 eine Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (AGUR12) einberufen. Der DUN hat dem vorliegenden Schlussbericht vom 6. Dezember 2013 zugestimmt. Er hat zwar seit Beginn der Tätigkeit von AGUR12 bedauert, dass die Arbeitsgruppe nicht ausbalanciert zusammengesetzt war. Besonders das Fehlen der Interessenvertreter der Provider (IG ISP) hat sich als nachteilig erwiesen. Der Bericht befasst sich im Wesentlichen mit der Piraterie im digitalen Zeitalter; die Provider haben diesbezüglich eine Vermittlerfunktion zwischen Konsumenten und den illegalen Anbietern. Es wäre daher sinnfällig gewesen, die direkt Betroffenen als Mitglieder von AGUR12 zu berufen.

2 Die Aufgabe von AGUR12 war es, zu einzelnen Problemen der Nutzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten im digitalen Zeitalter Stellung zu nehmen. Der DUN bedauert, dass das Thema der Arbeitsgruppe im Wesentlichen nur das Verhältnis der Rechteinhaber zu den Nutzern und vor allem Konsumenten aus dem Musik- und Audiovisionsbereich des Entertainment Business im digitalen Zeitalter betraf. Wesentliche Anliegen der Nutzer in Lehre und Forschung (privat und öffentlich), der Schulen und Bibliotheken, die Problematik des Schicksals der Arbeitnehmerwerkschöpfung und die Einführung eines Produzentenartikels waren von vorneherein nicht traktandiert.

3 Der DUN bedauert, dass der Fokus von AGUR12 von vorneherein nicht auf das ausbalancierte Verhältnis zwischen den Rechtspositionen der Rechteinhaber (Urheber und Leistungsschutzberechtigte) und der Nut-

DUN
Kramgasse 5
Postfach 515
3000 Bern 8

Geschäftsführerin:
Dr. Claudia Bolla-Vincenz
Kramgasse 5
3000 Bern 8
Tel. 031 328 27 25
Fax 031 328 27 35
www.dun.ch
E-Mail info@dun.ch

Präsident:
Dr. Peter Mosimann
Aeschenvorstadt 55
Postfach 659
4010 Basel
Tel. 061 279 70 00
Fax 061 279 70 01

zer/Konsumenten ausgerichtet war. Die Stärkung der Schranken des Urheberrechts im digitalen Zeitalter wäre notwendig. Neue Formen des entgeltlichen Downloads sind heute als rein individuelle Verwertung legal möglich. Es sei auf Streaming (z. B. SPOTIFY) verwiesen. AGUR12 hat sich mit den Rechtsfolgen der legalen, entgeltlichen Online-Portal-Angebote bedauerlicherweise nicht befasst.

4 Angesichts des Malaise über den Auftrag begrüsst der DUN, dass AGUR12 die über 50 Vorschläge der Interessenvertreter der Rechteinhaber abgelehnt hat. Die Errungenschaften von AGUR12 beinhalten ein differenziertes Bouquet von Empfehlungen über die Rechtsstellung der Internet-Service-Provider als Zugangsvermittler (s. nachstehend Ziffer 2).

2. Die Rechtsstellung der Provider

Keine Haftungsverschärfung für die Internet-Service-Provider

5 Ein Access-Provider vermittelt einzig und allein den Zugang zum Internet, stellt also die Internet-Konnektivität bereit. Er erstellt keinen Inhalt, lädt nicht widerrechtlich Lieder oder Filme hoch und betreibt keine Tauschbörsen. Der DUN wehrt sich gegen den Versuch von Rechteinhabern und Produzenten, die Pirateriebekämpfung auf die Internet-Provider abzuschieben, indem praktisch Kausalhaftungssituationen geschaffen werden. Für den DUN ist klar: Es würde dem Rechtsverständnis grundsätzlich zuwiderlaufen, wenn ein Internet-Provider für Inhalte haften soll, den er weder verfasst noch hochgeladen hat. Eine Providerhaftung lehnt der DUN darum grundsätzlich ab (wie es auch das Parlament schon mehrmals getan hat).

Haftungsbefreiung für die blosse Durchleitung von Daten

6 Indem die Internet-Provider den Zugang zum weltweiten Netz gewähren, stellen sie die Funktionsweise des Internets als wichtige Infrastruktur der Kommunikationsgesellschaft an sich sicher. Davon profitieren alle Kultur- und Wirtschaftskreise, insbesondere auch die Produzenten und Verwerter von Urheberrechten mit ihren legalen Angeboten. Eine Providerhaftung wäre das Ende des freien Internets, wie wir es heute kennen. Sie würde zu einer generellen Überwachung aller Internetkunden führen, zu einer

Zensur des freien Internets und zur Schaffung einer privaten Internetpolizei. Nicht nur der DUN, vielmehr die gesamte Öffentlichkeit und die Konsumenten würden derartige Big-Brother-Methoden ablehnen. Nicht zu vergessen ist – gerade wenn es um das weltweite Internet geht – das europäische Umfeld: Im europäischen Kontext heisst Providerhaftung, die Access- und auch Hosting-Provider explizit von der Haftung zu befreien, und nicht, sie mit der Durchsetzung neuer Verbote oder dem Zahlen neuer Urheberrechtsvergütungen zu belasten. In Europa haftet der Provider nicht für illegale Angebote, sofern er eben nur als «Datendurchleiter» fungiert. Der DUN fordert für die Provider in der Schweiz eine analoge gesetzliche Regelung der Haftungsbefreiung.

Keine Verschiebung des Rechtsschutzrisikos hin zu den Providern

7 Der DUN bestreitet nicht, dass urheberechtswidrige Inhalte im Internet hochgeladen werden (sei es in Peer-to-Peer-Netzwerken – also auf Tauschbörsen – oder auf bestimmten, meist ausländischen Sites); der DUN weist aber auch darauf hin, dass die von einem Produzenten vorgebrachten enormen wirtschaftlichen Auswirkungen umstritten sind. Selbstverständlich unterstützt der DUN kein widerrechtliches Handeln. Illegale Angebote sind in einem Rechtsstaat auch im Bereich des Urheberrechts zu bekämpfen. Genau dafür gibt es gesetzliche Grundlagen. Diese Gesetze erlauben es, dass wirksam gegen Urheberrechtsverletzungen im Internet vorgegangen werden kann. Davon sind auch der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte sowie der Bundesrat überzeugt.[1] Zu Unsicherheiten diesbezüglich hat der Bundesgerichtsentscheid «Logistep»[2] geführt, aber dieser ist einzig – wenn überhaupt –im Bereich Peer-to-Peer anwendbar, für Piratenwebseiten bleibt er komplett belanglos. Die geltenden Gesetze bieten den Rechteinhabern die Möglichkeit, gegen Plattformen, über die offensichtlich illegale Inhalte angeboten werden, vorzugehen. Es obliegt in unserem Rechtssystem den Rechteinhabern, entsprechende Verfahren einzuleiten und ihre eigenen Rechte wahrzunehmen.

---

1 Antwort des Bundesrates vom 14.11.2012 auf Interpellation Fluri (12.3902: Die Schweiz als Hort für illegale Angebote im Internet).

2 BGE 136 II 508.

Auch für Internet-Service-Provider gelten die Gesetze

8 Es darf nicht vergessen werden, dass die Internet-Service-Provider einem engen gesetzlichen Rahmen unterworfen sind. Sie sind heute schlicht nicht berechtigt, von sich aus oder auf Intervention eines privaten Dritten gegen Urheberrechtsverletzungen vorzugehen und beispielsweise mittels DNS-Blockierung den Zugang zu einer Seite zu sperren – sie würden dadurch gegen Gesetze verstossen und erhebliche Folgerisiken provozieren. Die Access-Provider sind an das Fernmeldegeheimnis gebunden und sie müssen sie den Datenschutz sowie die Informations- und Medienfreiheit gewährleisten. Eingriffe (wie eben das Sperren von Internetseiten) sind daher für sie unzulässige Massnahmen – solange das Parlament genau dafür nicht eine gesetzliche Bestimmung erlässt. In der heutigen Situation gilt, dass in jedem Fall strikt das staatliche Strafverfolgungsmonopol beachtet werden muss. Dies bedeutet, dass die Justiz vorgängig die Täterschaft verbindlich feststellen muss. Sobald eine Verfügung eines Strafverfolgungsorgans (nach Einreichen einer Strafanzeige durch die Rechteinhaber) vorliegt, nehmen die Access-Provider selbstverständlich heute schon DNS-Blockierungen vor. Ohne solche Verfügungen darf der Access-Provider aber nicht sperren. Zu beachten ist eben auch, dass im Gegensatz zum Beispiel zu Kinderpornografie sich die Urheberrechtsverletzung nicht per se als solche erkennen lässt. Eine Selbstregulierung innerhalb der geltenden Gesetze ist in einem einzigen Bereich überhaupt erlaubt: Das Festlegen von sogenannten Fair-use-Bedingungen in den AGBs ist rechtlich zulässig – und wird schon heute weitestgehend umgesetzt.

Suisa-Geld fliesst auch bei illegalen Nutzungen

9 Zudem muss beachtet werden, dass die Urheber und Urheberinnen sogar bei illegalen Nutzungen nicht leer ausgehen: Auch illegale Privatnutzung wird heute durch die sogenannte Leerträgerentschädigung tariflich vergütet (z. B. bei Kauf eines MP3-Players). Es sollten nicht zusätzlich die Access-Provider mit irgendwelchen Gebühren belastet werden, bloss weil der Zugriff auf einen ausländischen Internetanbieter aufwendig ist. Eine solche pauschale Verteuerung im Sinne einer Steuer für Konsumenten und Gewerbetreibende lehnt der DUN ab.

3. Durchsetzung der Schranken des Urheberrechts (Art. 19-28 URG)

10 Viele Inhalte, sei es in der Musik oder in Lehre und Forschung, werden heute über Online-Portale angeboten. Das sog. Online-Recht gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG behindert dabei die Ausübung der Urheberrechtsschranken. So kann das für die Wissenschaft wichtige Zitatrecht nur noch gegen Entgelt ausgeübt werden, obwohl Art. 25 URG Unentgeltlichkeit vorsieht. Die kulturellen Inhalte stehen nicht mehr wie im analogen Zeitalter allen Nutzern und Konsumenten offen zur Verfügung. Im digitalen Zeitalter behindert der *berüchtigte "electronic fence"* den Zugang zum Fundus. Der DUN begrüsst indes, dass AGUR12 zu prüfen empfiehlt, wie die Ausübung der durch RBÜ, TRIPS, WCT und WPPT gewährleisteten urheberrechtlichen Schranken wieder sichergestellt werden kann. Heute besteht bei Verwertung über Online-Portale ein Ungleichgewicht der Rechte zwischen den Rechteinhabern und den Nutzern. Die Schranken des Urheberrechts sind gemäss Bundesgericht (BGE 131 III 480, 490) Bestimmungen, mit denen *"der Gesetzgeber Sachverhalte der Kollision verfassungsrechtlicher Grundrechte geregelt, indem er den Ausgleich der vorhandenen gegensätzlichen Interessen anstrebte."* Erfreulicherweise unterstützt AGUR12 die Wiederherstellung dieses Gleichgewichts zwischen den Interessen der Rechteinhaber und der Nutzer.

4. Abschaffung der Doppelbelastung der Nutzer und Konsumenten (Art. 19 Abs. 3bis URG)

11 Im digitalen Zeitalter bezahlen die Nutzer und Konsumenten <u>zweimal</u> für legale Downloads über Online-Portale wie iTunes, Simfy etc. Zunächst kaufen sie das mit einer Leerträgerabgabe belastete Gerät (z. B. MP3-Player) und leisten zusätzlich das Entgelt über das Online-Portal. *"Dabei geniesst bei solchen legalen Downloads die individuelle Verwertung gegenüber der kollektiven Vorrang"* (BGE 133 II 263, 283). Das Bundesgericht hatte bereits 2007, vor der Revision von 2008, gebieterisch postuliert, dass sich eine doppelte Vergütung über die individuelle Verwertung der Online-portale einerseits und die kollektivrechtliche Leerträgerabgabe (Art. 20 URG) andererseits *"nicht rechtfertigt und mit der gesetzlichen Regelung der Verwertungsabgabe nicht im Einklang steht"* (BGE 133 II 263, 284). Um diese Doppelbelastung der Nutzer und Kon-

sumenten zu beseitigen, hat der Gesetzgeber 2008 Art. 19 Abs. 3bis URG eingeführt mit dem schlichten Wortlaut *"Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, sind von denen in diesem Artikel enthaltenen Einschränkungen des Eigengebrauchs sowie von den Vergütungsansprüchen Art. 20 ausgenommen."* Nutzer und Konsumenten bezahlen dennoch unentwegt zweimal, weil die Gerichte den Kerngehalt von Art. 19 Abs. 3bis URG ausgehöhlt haben.

12 AGUR12 hat davon abgesehen, eine klare Empfehlung an den Gesetzgeber zur Durchsetzung von Art. 19 Abs. 3bis URG zu beschliessen. Der DUN bedauert dies ausserordentlich. So werden die Nutzer und Konsumenten weiterhin zweimal zur Kasse gebeten, nämlich zum einen bei den legalen, entgeltlichen Downloads über Online-portale wie iTunes und zusätzlich durch Leistung der Leerträgerabgabe an die Verwertungsgesellschaften.

5. Einführung eines Verzeichnisprivilegs für Bibliotheken und Museen sowie Archive (Art. 24d (neu) URG)

13 Der DUN begrüsst, dass die Stellung der Vermittler wie Bibliotheken, Archive und Museen mit dem Vorschlag eines neuen Art. 24d URG gestärkt werden soll. Damit wird es den Vermittlern von Kulturgütern möglich, ihr Angebot zugänglich zu machen mit nützlichen Verzeichnissen, kurzen Auszügen aus den Beständen u. ä. Der DUN unterstützt nachdrücklich die neue Schrankenbestimmung, die auch den Rechteinhabern dient, ihr Angebot gezielter öffentlich zu machen.

6. Ablehnung des Verleihrechts für elektronische und gedruckte Werke

14 AGUR12 hat es abgelehnt, ein Verleihrecht für elektronische und gedruckte Werke einzuführen. Der Vorschlag der Rechteinhaber hätte die Bibliotheken zu Unrecht mit weiteren Abgaben belastet. Das wäre gerade im Bereiche der wissenschaftlichen Bibliotheken unverhältnismässig gewesen; als Auswirkung der Einführung der technischen Schutzmassnahmen im Jahre 2008 sind die Bibliotheken heute mit übermässigen Lizenzabgaben an die Verleger gebeutelt (Verdoppelung der Lizenzen zwischen 2008 und 2011).

Für weitere Informationen:

Herr Dr. Peter Mosimann
Präsident DUN
Tel. 061 279 70 00
E-Mail: Peter.Mosimann@wenger-plattner.ch

Frau Nicole Emmenegger
Mitglied der Geschäftsstelle DUN
Tel. 031 328 27 25
E-Mail: emmenegger@dun.ch

Basel, 6. Dezember 2013

4. Dezember 2013
Stellungnahme von economiesuisse zum Schlussbericht der AGUR12

economiesuisse unterstützt Schlussbericht der AGUR12 nur bedingt

economiesuisse hatte konstruktives Mitwirken in der Arbeitsgruppe Urheberrecht des Bundes (AGUR12) zugesichert. Wir kritisieren jedoch, dass ihr Schlussbericht zu sehr auf die negativen Aspekte der technischen Entwicklungen fokussiert sowie deren Chancen und neue Geschäftsmöglichkeiten fast unbeachtet lässt. Ausserdem waren wichtige Player von den Verhandlungen ausgeschlossen.

Aus den Empfehlungen der AGUR12 (Kapitel 9 als Gesamtpaket) dürfen keine über den verabschiedeten Text hinausgehenden und damit falschen Schlüsse gezogen werden. Diesbezüglich sind wir sehr skeptisch. economiesuisse trägt den Schlussbericht der AGUR deshalb nur bedingt mit. Wir behalten uns vor, einzelne Massnahmen je nach Ausgestaltung im weiteren politischen Prozess nicht zu unterstützen oder zu bekämpfen

Die Vorschläge der AGUR12 beschränken sich nur auf Teilbereiche des Urheberrechts. Für die Wirtschaft wesentliche Problempunkte wurden in der Gruppe nur am Rande behandelt und finden im Bericht keinen Niederschlag – so beispielsweise die Übertragung von Urheberrechten in Arbeitsverträgen. Hier besteht nach wie vor Handlungsbedarf.

1 Ausgangslage AGUR12

Die Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (AGUR12) wurde beauftragt, allfällige Möglichkeiten zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen. Den Rahmen der zu diskutierenden Themen wollte die beauftragende Bundesrätin Simonetta Sommaruga entgegen dem Wortlaut des Mandats bewusst offen lassen. economiesuisse hat konstruktives Mitwirken zugesichert. Als Dachverband der Schweizer Unternehmen verfolgt economiesuisse generell – und tat dies auch im Rahmen der AGUR12 – eine gesamtwirtschaftliche Perspektive.

Zur Mitarbeit in der AGUR12 wurden Kulturschaffende, Produzenten, Nutzer, Konsumenten und die Verwaltung eingeladen. Wichtige Player fehlten jedoch, darunter insbesondere die Internet Service Provider (ISP). Sie wurden nur partiell als Experten angehört und hatten kein direktes Mitspracherecht. Gerade diesen Punkt hat economiesuisse im Laufe des Prozesses wiederholt kritisiert. Dies umso mehr, als gerade dieser Branche mit den Empfehlungen der Arbeitsgruppe neue Verpflichtungen auferlegt werden sollen.

economiesuisse
Hegibachstrasse 47
Postfach CH-8032 Zürich
Telefon +41 44 421 35 35
Telefax +41 44 421 34 34

Verband der Schweizer Unternehmen
Fédération des entreprises suisses
Federazione delle imprese svizzere
Swiss Business Federation
www.economiesuisse.ch

Die institutionelle und personelle Zusammensetzung der AGUR hatte eher politische Auseinandersetzungen zur Folge als „rechtsentwickelnde“ Diskussionen. Hier hätte es geholfen – auch um den unterschiedlichen Wissensstand der Mitglieder auszugleichen –, wenn „neutrale“ Rechtsexperten der Arbeitsgruppe mit Fachwissen beiseite gestanden hätten. Dies hätte möglicherweise auch zu einer anderen Fokussierung und zu anderen Vorschlägen geführt.

2 Grundsätzliche Überlegungen der Wirtschaft

Ausgangspunkt für unsere Beurteilung ist der wirtschaftspolitische Referenzrahmen, den unser Vorstand im August 2013 einstimmig bestätigt hat. Darin wird unter dem Aspekt „Freies Unternehmertum" insbesondere ausgeführt: „Zentraler Orientierungspunkt für gesetzgeberische Eingriffe in die Marktwirtschaft ist die Wahrung der Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit, die durch eine wirkungsvolle Rechtsdurchsetzung geschützt werden. Innerhalb eines liberalen Rechtsrahmens können die Marktkräfte wirken. Regulatorische Eingriffe beschränken sich auf ein notwendiges Minimum. Erforderliche Regulierungen sind effizient zu gestalten und einer ökonomischen Analyse zu unterziehen."

In diesem Zusammenhang hat das Urheberrecht – wie die anderen Rechte des geistigen Eigentums – eine wichtige Anreizfunktion für Investitionen. Die Anpassung des Urheberrechts an das digitale Zeitalter ist entsprechend von wirtschaftlicher Relevanz. Aus einer gesamtwirtschaftlichen Optik müssen sowohl die Anliegen der Rechteinhaber als auch jene der Nutzer und jene der „übrigen Beteiligten“ – wie Bereitsteller von Infrastruktur – berücksichtigt werden. Die anbietenden Unternehmen sind auf einen griffigen Rechtsschutz angewiesen, damit Missbräuche verhindert werden können. Aus Sicht der nutzenden Unternehmen wiederum darf der für die Wirtschaft wichtige Zugang zu Informationen nicht behindert werden. Das gilt im Übrigen auch für die Forschung im universitären Umfeld. Schliesslich darf auch die Netzinfrastruktur in der Schweiz nicht beeinträchtigt werden.

Insgesamt braucht die Wirtschaft konstruktive, praxistaugliche, einfach umsetzbare und international abgestimmte Lösungen im Umgang mit Urheberrechten. Der Staat darf die Entwicklung neuer (legaler) Geschäftsmodelle nicht durch rigide einseitige Vorschriften behindern oder verunmöglichen. Insbesondere nicht, um in erster Linie bestehende Modelle zu schützen und (veraltete) Strukturen zu erhalten. Wettbewerbsverzerrungen sind zu vermeiden. Grundsätzlich ist die individuelle Verwertung von Urheberrechten der kollektiven vorzuziehen. Massnahmen zur Durchsetzung von Urheberrechten – wie sie zum Beispiel in Kapitel 9 des Schlussberichts der AGUR12 vorgeschlagenen werden – müssen gesetzesmässig und verhältnismässig sein. Ausserdem muss in Verfahren die Rechtsweggarantie gewährleistet sein, und Verfahrenskosten haben diejenigen zu tragen, die sie „generieren“.

Urheberrechtsschranken sind auch im Internetzeitalter zu gewährleisten – technische Machbarkeit vorausgesetzt. Mehrfachbelastungen für Nutzungen sind zu vermeiden. Ausserdem braucht es wirtschaftsverträgliche Abgaben sowie ein modernes, effizientes und der technologischen Entwicklung angepasstes Tarifsystem. Generell sind freiwillige Massnahmen und Vereinbarungen unter den Marktteilnehmern gesetzlichen Regeln vorzuziehen. Sie sind meist einfacher sowie effizienter umzusetzen und ermöglichen eine schnellere und aktivere Anpassung an veränderte Marktverhältnisse als gesetzlich verankerte Normen.

3 Konkrete Beanstandungen Schlussbericht

Angesichts der unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse der in der AGUR Mitwirkenden, die sich bisweilen diametral gegenüberstehen, waren ausufernde und schwierige Diskussionen ebenso zu erwarten wie das zähe Ringen um mehrheitsfähige Lösungen. Diese Schwierigkeiten haben sich auch bei der Ausarbeitung des Berichts gezeigt.

3.1 Kapitel 2: einseitige Darstellung aus Sicht der Branchen

Kapitel 2 ist unvollständig, fokussiert auf die negativen Aspekte einzelner Geschäftsmodelle und gibt die Position der betroffenen Branche wieder. Für uns ist wichtig, dass dies dem Leser bewusst gemacht wird, damit er keine falschen Schlüsse zieht und diese – durchaus auch legitimen Anliegen – „richtig“ einschätzen kann. Wir bedauern, dass die AGUR in ihrem Bericht nicht näher auf die Chancen und Möglichkeiten, welche die technischen Entwicklungen mit sich gebracht haben, hat eingehen wollen und bedeutende erfolgreiche Geschäfts- oder Finanzierungsmodelle fast gänzlich unerwähnt liess.

3.2 Kapitel 3: „Wunschkonzert“ an Forderungen

Die Tabelle in Kapitel 3 zählt die meisten der in der AGUR12 während des Prozesses aufgebrachten Forderungen auf. Zwar sind die jeweiligen Pro- und Contra-Argumente nur summarisch aufgeführt. Die Anzahl der Forderungen und der Hinweis, welche Partei einen Vorstoss befürwortet und wer ihn ablehnt, zeigen, wie umfangreich die Diskussionen waren, wie sich die einzelnen Haltungen widersprechen und welche Koalitionen sich bei welchen Themen gebildet haben.

3.3 Kapitel 9: Empfehlungen der AGUR12

Wir anerkennen, dass sich die AGUR12 zur Verabschiedung des Kapitels 9 als Gesamtpaket durchringen konnte. Entscheidend ist, dass daraus keine falschen Schlüsse gezogen und auch keine weitergehenden Forderungen abgeleitet werden. Diesbezüglich sind wir sehr skeptisch. Wir behalten uns vor, diese Vorschläge in einem späteren Prozess – nach Prüfung der konkreten Ausgestaltung – nicht zu unterstützen oder zu bekämpfen.

3.3.1 Ad 9.1. Aufklärung

Wir bezweifeln, dass die Unkenntnis der Internetznutzer über die Illegalität derart gross ist. Bei der Informationskampagne stellt sich für uns die Frage des Masses und der Finanzierung.

3.3.2 Ad 9.3. Massnahmen zur besseren Durchsetzung von Urheberrechten

Teile dieses empfohlenen Massnahmenpakets bedürfen zwingend einer neuen gesetzlichen Grundlage bzw. der Anpassung bestehender Gesetze (insbesondere des Fernmeldegesetzes, Urheberrechtsgesetzes und dem Datenschutzgesetzes). Hier werden die von den Massnahmen betroffenen Internet Service Provider (ISP) in allfällige Gesetzgebungsprozesse direkt einbezogen werden müssen, da diese für eine sichere und grundrechtskonforme Kommunikationsinfrastruktur in der Schweiz verantwortlich sind. Wichtig ist, dass die Rechteinhaber für die durch sie, respektive in ihrem Interesse verursachten Kosten auch aufkommen.

Wir messen insbesondere dem Rechtsschutz und auch dem Schutz der Kommunikation und der Datenspeicherung eine besonders grosse Bedeutung zu. Dies ist vorrangig und darf nicht durch die Durchsetzung privater Interessen unterminiert werden. Damit bestehen aber auch erhebliche Hürden für die Zusammenarbeit von ISP mit Inhabern von Urheberrechten. Letztere müssen sich in erster Linie an die Verletzer halten und können nicht ersatzweise über die Intermediäre vorgehen. Dies gilt auch dann, wenn zwischen ISP und Inhabern von Urheberrechten eine Übereinkunft erreicht würde, durch die Schutzinteressen von Dritten missachtet würden.

Ausserdem ist dafür zu sorgen, dass international isolierte Eingriffe in das globale Internet und daraus folgende Sicherheitslücken, unnötige Überwachungen und finanzielle Doppelbelastungen der Nutzer über Urheberrechtsgebühren vermieden werden. Sanktionen gegen Nutzer aus der Benützung ihres Internetzugangs dürfen auch zukünftig nur unter Wahrung des Rechtsweges nach vorgängiger Prüfung durch eine staatliche Behörde erfolgen.

Sperren und Warnhinweise: neue Verbote und Eingriffe in Form von Warnhinweisen und Sperren von Internetseiten müssen vertieft auf ihre Verhältnismässigkeit hin überprüft werden, da damit in verfassungsmässig geschützte Rechte zum Schutz der Kommunikation eingegriffen wird. Aus technischer Sicht ist die Verhältnismässigkeit solcher Massnahmen kritisch zu beurteilen. Denn mit einer konsequenten Durchsetzung des geltenden Rechts können illegale Internet-Angebote bereits heute wirksam verhindert werden. Es ist insbesondere auch zu bedenken, dass zum Beispiel Sperren von einzelnen Internetseiten relativ leicht umgangen werden können und häufig unbeabsichtigte nachteilige Folgen wie etwa die Sperrung legaler Webseiten zur Folge haben können. Dies kann das Funktionieren der Internetinfrastruktur empfindlich stören und hätte kollaterale Nachteile zur Folge. Nicht zuletzt deshalb wurde in den USA die gesetzliche Einführung von Internetsperren abgelehnt, da diese zu einer Fragmentierung des Internets und zu Netzwerk-, Sicherheits- und Performanceproblemen im IP- und DNS-System geführt hätten. Zwingend ist, dass die Beurteilung und Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen allein eine hoheitliche Aufgabe bleibt und allein Behörden in einem geordneten Verfahren an die ISP gelangen können.

Haftungsbefreiung für Infrastrukturbetreiber: Infrastrukturbetreiber, die als reine Durchleiter von Informationen dienen, müssen von der zivil- und strafrechtlichen Haftung für illegale Nutzungen von Urheberrechten befreit werden. Hosting Provider sollen nur dann haften, wenn sie trotz klarem Wissen Rechtsverletzungen nicht unterbinden (*Notice and take down*-Verpflichtung). Eine solche Verpflichtung sind die Host Provider in der Schweiz bereits freiwillig im Code of Conduct der SIMSA eingegangen.

3.3.3 Ad 9.4. Anpassung der Schrankenregelung

Keine Mehrfachbelastung, keine Potenzialbelastung: Unternehmen zahlen heute nicht nur im „klassischen“ analogen Bereich (wie z.B. bei den Fotokopien) Urheberrechtsabgaben, sondern auch im digitalen Bereich wie z.B. für CD-Rohlinge, für elektronische Kopien in betriebsinternen Netzwerken oder für elektronische Pressespiegel. Dabei kommt es regelmässig zu Mehrfachbelastungen für ein und dieselbe Nutzung (so wird z.B. die Handlung des elektronischen Abspeicherns und Ausdruckens eines Texts von zwei Tarifen erfasst – zum ersten Mal vom Tarif für die elektronische Kopie, zum zweiten Mal vom Tarif für die Papierkopie). Die Problematik der Doppelbelastungen verschärft sich im Bereich der digitalen Verwertungssysteme, wo die Kollektivverwertungsgesellschaften sowohl von den Online-

Anbietern als auch von den Nutzern mehrfach Gebühren einziehen. Solche Doppelbelastungen müssen verhindert werden. Mit der zunehmenden Verbreitung von bezahltem und lizenziertem Content muss das Ausmass an zwangskollektiver Verwertung zurückgehen und nicht – wie es heute tendenziell der Fall ist – ausgeweitet werden. Es ist deshalb richtig, dass die AGUR12 auf der Gewährleistung des Primats der zulässigen individuellen Verwertung besteht (Punkt 9.4.1.).

Heute knüpfen die Urheberrechtstarife an den Nutzungspotenzialen resp. an den Speicherkapazitäten an. Die digitalen Speicherkapazitäten nehmen aber laufend und rasant zu. Gleich verhält es sich mit der Multifunktionalität der digitalen Speicher. Insbesondere die in Unternehmen eingesetzten und mit Urheberrechtsabgaben belasteten Speicher werden in der Regel gar nicht für fremde Werke, sondern vielmehr zum Speichern von eigenen Daten benutzt. Auch werden bei Streaming-Vorgängen lokale Speicher nur noch im beschränkten Ausmass beansprucht. Trotzdem sind Urheberrechtsabgaben auf Speicher geschuldet. Die heutigen Grundsätze der Tariffestlegung müssen entsprechend angepasst werden. Zur Verminderung des im digitalen Zeitalter zunehmenden Problems der Potenzial- und Mehrfachbelastungen müssen die Vergütungsgrundsätze an der effektiven Nutzung ausgerichtet werden.

3.3.4 Im Schlussbericht nicht berücksichtigte Punkte

Notwendige Klärung der Übertragbarkeit von Rechten in Arbeitsverträgen
Aus Sicht der Wirtschaft sollte der Rechteübergang von Urheberrechten in Arbeitsverträgen nicht im Urheberrecht, sondern in Art. 332 OR beim Arbeitsvertrag geregelt werden. Bereits heute regelt Art. 332 OR, wie Rechte an Erfindungen und Designs an den Arbeitgeber übergehen bzw. in welchen Fällen eine angemessene Vergütung an den Arbeitnehmer auszurichten ist. Der Rechteübergang im Urheberrecht ist für Arbeitsverträge gemäss den Bestimmungen von Art. 16 URG (Rechtsübergang) und Art. 17 URG (Rechte an Computerprogrammen) ungenügend geregelt.

Mit der Ergänzung von Art. 332 OR um Arbeitsergebnisse, die als Werke gemäss Urheberrecht qualifiziert werden, würde die Praktikabilität und Rechtssicherheit für beide Parteien erhöht. Überdies werden gemäss geltendem Recht Arbeitsergebnisse von technisch und kreativ tätigen Personen in einem Unternehmen unterschiedlich behandelt. In der Praxis werden daher umfassende Übertragungsverträge von Urheberrechten entweder im Arbeitsvertrag oder in Personalreglementen (o.Ä.) geregelt. Aber auch die detailliertesten Verträge können nicht alles abdecken. Die heutige Rechtslage benachteiligt vor allem KMU, die sich dieser Lücken im Rechteübergang meist nicht bewusst sind. Sie betrifft aber alle Arbeitgeber, denn problematisch ist insbesondere die Übertragung von Verwendungsbefugnissen für zukünftige Nutzungsarten. Sind diese Nutzungsarten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch unbekannt, werden sie vom Rechtsübergang grundsätzlich nicht erfasst. Ob und wie weit sie in Arbeitsverhältnissen mit Anwendung der Zweckübertragungstheorie auf den Arbeitgeber übergehen, ist wegen der allgemeinen, restriktiven Auslegungsregel „in dubio pro auctore“ zumindest unklar.

Die rasante Entwicklung der Technik eröffnet ständig neue, bisher unbekannte Nutzungsmöglichkeiten. Daher ist diese Rechtsunsicherheit nicht rein theoretischer Natur, sondern tatsächlich virulent. Die heutige Rechtslage kann im Extremfall zur Verunmöglichung der Nutzung künftiger Technologien durch Arbeitgeber bei der Verwertung von Arbeitsergebnissen führen, die unter dem Titel des Urheberrechts als Werke geschützt sind. Dies betrifft nicht nur

Computerprogramme, sondern auch Arbeitsergebnisse aus den Bereichen Kommunikation, Webdesign oder Werbung. Art. 332 OR ist daher zu ergänzen.

Tarife für Schulen
Die AGUR12 hat die in ihrem Mandat erwähnte Motion 10.3612 Pfister "Bildung entlasten. Änderung des Urheberrechtsgesetzes" nur am Rande behandelt. Aus Sicht der staatlichen bzw. privaten Bildung wäre es zentral, dass quasi ein Einheitstarif je Schulstufe (Primar-, Sek- I und Sek- II-, Tertiär Ia- bzw. Tertiär Ib- und für die Quartärstufe) für alle urheberrechtlich relevanten Nutzungen bestünde. Heute führt jeder neue Tarif zu einer noch höheren Belastung der staatlichen bzw. privaten Bildung, weil der urheberrechtliche Nutzen in den Schulzimmern bzw. Vorlesungsräumen nicht proportional mit dem technischen Fortschritt und den neuen Nutzungsmöglichkeiten steigt. In diesem Zusammenhang wünscht die Branche den heute zwischen den Urheberrechtsgesellschaften und den Bildungsverbänden vorläufig in den aktuellen Tarifen vereinbarten Schulrabatt von 35 Prozent neu zu verhandeln.

Aus den Empfehlungen der AGUR12 im Sinne eines Gesamtpaketes dürfen keine über den verabschiedeten Text hinausgehenden und damit falschen Schlüsse gezogen werden. economiesuisse wird eine mögliche Umsetzung der Vorschläge genau verfolgen und behält sich vor, diese je nach konkreter Ausgestaltung zu bekämpfen.

Dachorganisation der Schweizer KMU
Organisation faîtière des PME suisses
Organizzazione mantello delle PMI svizzere
Umbrella organization of Swiss SME

Position des Schweizerischen Gewerbeverbandes zum Schlussbericht der AGUR12

Der sgv setzt sich für die über 300'000 Klein- und Mittelbetriebe (KMU) ein, die zum grossen Teil in über 220 Berufsverbänden, Interessengemeinschaften und Standesorganisationen und in 26 kantonalen Verbänden organisiert sind. Der sgv übernimmt die führende Rolle bei der Formulierung der politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für eine wettbewerbsfähige und wachstumsorientierte schweizerische KMU-Wirtschaft. Er setzt sich für die Selbstverantwortung, die Eigentumsgarantie und einen schlanken und effizienten Staat ein. Dabei orientiert er sich an ethischen Grundsätzen und verfolgt eine freiheitliche, weltoffene und der Nachhaltigkeit verpflichtete Ordnungspolitik. Der Abbau von Regulierungen, die die KMU übermässig belasten, nimmt einen zentralen Stellenwert ein.

Für Gewerbebetriebe stellen die aus dem Urheberrecht resultierenden Gebühren (Pro Litteris, Suisa) grundsätzlich eine Belastung dar. Weitergehende Belastungen administrativer Art und durch Gebühren lehnt er aus diesem Grund ab. Auch Doppel- oder Mehrfachbelastungen lehnt der sgv ab. Konsumenten sollen, wenn sie Werke über elektronische Bezahldienste legal erwerben, neben der Gebühr für die Werknutzung nicht auch noch Abgaben für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch entrichten müssen. Grundsätzlich ist die Vergütung aus kollektiver Verwertung bereits geregelt (Art. 60 URG). Weitergehende Regelungen lehnt der sgv ab.

Der sgv anerkennt, dass illegale Angebote, die im Internet hochgeladen werden, bekämpft werden müssen. Es stellt sich allerdings die Frage, mit welchen Mitteln das vorgenommen werden kann. Eine Kriminalisierung der Endnutzerinnen und Endnutzer, wie sie umliegende Länder kennen, lehnt der sgv entschieden ab. Ohne umfassende Überwachung der Kundschaft ist nicht zu eruieren, wer was - ob illegal oder legal – vom Internet herunterlädt. Mit einer Providerhaftung werden die Bekämpfung der Internetpiraterie und die damit verbundenen Risiken einseitig auf die Vermittler abgewälzt. Der sgv lehnt Providerhaftung aus Praktikabilitätsgründen ab. Ihre Umsetzung würde dazu führen, dass die Kunden, die Werke hochladen, generell überwacht werden müssten, was keine Akzeptanz in der Gesellschaft finden würde. Auch Blockierungen von Internetseiten mit illegalen Inhalten erweisen sich in der Praxis als schwierig umzusetzen. Erstens muss nicht zwingend der ganze Inhalt der zu sperrenden Internetseite illegal sein. Zweitens stellt sich die Frage, wie der illegale, zu sperrende Teil technisch von den legalen Inhalten isoliert werden kann.

Die von den Rechteinhabern geforderten Spezialmassnahmen zur schnelleren Rechtsdurchsetzung (beschleunigtes Zivilverfahren, Spezialgerichte, vereinfachtes Bussensystem etc.) würden in Gewerbekreisen, die tagtäglich mit dem Eintreiben von unbezahlten oder verspätet bezahlten Guthaben konfrontiert sind, kaum auf Verständnis stossen. Die Anzahl Tarife soll nicht weiter ausgeweitet werden. Sie würde das System verkomplizieren. Der sgv befürwortet Massnahmen zur Vereinfachung der Tariflandschaft.

Der sgv lehnt deshalb die in Kapitel 3 aufgeführten Forderungen der Rechteinhaber grossmehrheitlich ab, unterstützt aber die Vorschläge nach einer Nutzer gerechten Revision des Urheberrechts und einer Erweiterung des Schrankenkatalogs. Ebenso unterstützt der sgv die vom Bundesamt für Kultur (BAK) geforderte Erweiterung des Katalogprivilegs. Zur Vermittlung von Kulturgut sind leistungsfähige Online-Kataloge, in denen die Bestände von Gedächtnisinstitutionen effizient ermittelt werden können, unabdingbar. Dies kommt letztlich auch den Rechteinhabern zugute, da ihre Werke besser sichtbar werden.

Das durch die Interessenvertreter ausgehandelte Gesamtpaket von Empfehlungen entfaltet für den sgv für künftige, urheberrechtliche Fragestellung keine präjudizielle Wirkung. Insbesondere behält sich der sgv vor, politische Vorstösse zum Urheberrecht weiterhin einer freien und gewerbetauglichen Prüfung zu unterziehen.

Dieter Kläy, Ressortleiter

Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
Schwarztorstrasse 26, Postfach, 3001 Bern · Telefon 031 380 14 14, Fax 031 380 14 15 · info@sgv-usam.ch
www.sgv-usam.ch

Konsumentenforum kf

Kommentar zum Bericht aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten

Generell ist festzuhalten, dass das kf jegliche Form von gewerblichem Missbrauch im Zusammenhang mit dem Urheberrecht missbilligt und die juristische Verfolgung desselben begrüsst. Es darf jedoch nicht sein, dass Konsumentinnen und Konsumenten kriminalisiert werden. Deshalb wurde ein zentrales Anliegen des kf gewahrt, nämlich, dass der Download weiterhin legal bleibt. Dafür wurde die Abschaffung der Lehrträgervergütung, die ein weiteres zentrales Ziel des kf war, nicht in die Empfehlungen der AGUR12 aufgenommen. Dies ist eine verpasste Chance, die das Urheberrecht entscheidend weitergebracht hätte.
Des Weiteren muss die Bildung und Forschung ein zentrales Anliegen des Urheberrechts sein. Der freie Zugang zu Wissen ist ein wesentlicher Kulturförderer. Dies und andere Punkte wurden aus Sicht des kf zu wenig bedacht. Hier deshalb unsere Kommentare:

Im Allgemeinen...

a) Zusammenstellung der AGUR12 Kommission. Die Rechteinhaber waren den Nutzern zahlenmässig überlegen, was zu einem Ungleichgewicht bei Abstimmungen geführt hat. Dies hat sich auch im Schlussbericht manifestiert. Es handelt sich zwar um einen Kompromiss, dieser dient jedoch mehr den Rechteinhaber als den Konsumenten.
b) Die Provider hätten zwingend ein Teil der AGUR12 sein müssen. Sie wurden zwar sporadisch eingeladen, erhielten jedoch zu wenig Gewicht. Dies ist unverständlich, da sie nun ein nicht unwesentlicher Teil der angestrebten Massnahmen darstellen.
c) Die Rechteinhaber zeigten wenig Innovation und Marktverständnis. Aus unserer Sicht liegt hier nach wie vor ein Potential brach.
d) Die Rechteinhaber hätten bereits jetzt mehr juristische Möglichkeiten ihre Rechte durchzusetzen, die vorgeschlagenen Massnahmen der AGUR12 sind demzufolge nur als Ergänzung zu sehen.

Konsumentenforum kf | Belpstrasse 11 | 3007 Bern
Tel. 031 380 50 30 | Fax 031 380 50 31 | forum@konsum.ch | www.konsum.ch

Zu den einzelnen Kapiteln...

2. Ausgangslage

Position kf: *Darstellung abgelehnt*

Es ist festzuhalten, dass dieses Kapitel aus der Sicht der Rechteinhaber geschrieben wurde. Das kf teilt die Ansicht dieser nur partiell. Die Rechteinhaber haben in der AGUR12 keine Zahlen offengelegt, inwiefern sich die Gewinnentwicklung in den letzten Jahren darstellte. Es wurde lediglich auf Umsatzeinbusse hingewiesen. Neue Geschäftsmodelle und Möglichkeiten diese zu nutzen, standen nie im Zentrum der Betrachtung.

3. Forderungen

Position kf: *Siehe Tabelle*

Es wird ersichtlich, dass es zwei Gruppen gab: Die Rechteinhaber und die Nutzer. Während die Nutzer im Grundsatz für einen freien Zugang plädierten und eine Vereinfachung der Tariflandschaft wollten, waren die Rechteinhaber für restriktive Massnahmen, die die Freiheit der Konsumenten massiv eingeschränkt hätten. Sie liessen oft das Verständnis für die Anliegen ihrer Konsumenten respektive Kunden vermissen.

3.62. Abschaffung der Lehrträgervergütung

Position kf: *Massnahme gewünscht*

Ausser das kf hat sich niemand für die Abschaffung der Lehrträgervergütung ausgesprochen. Dies ist insofern erstaunlich, da die technische Entwicklung (z.B. Streaming und Cloud Lösungen) Lehrträger obsolet macht.

4. Anpassung des Rechtskatalogs

Position kf: *Vorsicht geboten*

Das kf macht auf die Internationale Vernetzung aufmerksam und dass wir in einem globalisierten Markt sind. Alleingänge sind daher sehr gut abzuwägen und im Gesamtinteresse der Schweizerischen Volkswirtschaft zu betrachten.

Konsumentenforum kf | Belpstrasse 11 | 3007 Bern
Tel. 031 380 50 30 | Fax 031 380 50 31 | forum@konsum.ch | www.konsum.ch

5. Entwicklung in der EU

Position kf: *Vorsicht geboten*

Das kf ist grundsätzlich für eine Harmonisierung mit dem EU Recht. Alleingänge, die zu Handelshemmnissen führen, sind abzulehnen.

7. Ziele

Grundsätzlich ist das kf mit den Zielen einverstanden. Mit zwei jedoch nicht, die hier im Besonderen kommentiert werden.

7.1. Bedarfsgerechte Aufteilung zwischen individueller und kollektiver Wahrnehmung von Urheberrechten im digitalen Umfeld

Position kf: *Ziel abgelehnt*

Das kf bevorzugt die individuelle Verwertung, da diese verursachergerecht ist.

7.2. Erzielung einer angemessenen bzw. marktgerechten Vergütung für die Nutzung urheberrechtlich und leistungsschutzrechtlich geschützter Inhalte auch im digitalen Zeitalter

Position kf: *Ziel abgelehnt*

Lediglich die marktgerechte Vergütung kann das Ziel sein. Der Kunstmarkt ist wie andere Märkte auch dem Wettbewerb auszusetzen, eine Sonderbehandlung ist nicht im Sinne der Konsumenten

9. Vorschläge AGUR12

Position kf: *Im Sinne eine Kompromisses werden die Massnamen begrüsst*

Die Kosten für sämtliche vorgeschlagenen Massnahmen im Kapitel 9 sind von den Rechteinhabern zu begleichen.

9.1. Aufklärung

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Die Information für Konsumentinnen und Konsumenten ist der zentrale Baustein für ein mündiges Verhalten. Dieses wurde von den Rechteinhabern in der Vergangenheit nicht gefördert. Eine Kampagne muss zwingend mit Einbezug des kf stattfinden. Die Aufwände des kf sind angemessen zu entschädigen und der Inhalt soll die Reflexion steigern und den Konsumenten nicht kriminalisieren.

9.2 .1. Ausbau der elektronischen Verwaltung

Position kf: *Massnahme begrüsst*
Das kf fordert hier eine ganz klare Effizienzsteigerung. Bei einem allfälligen Datenaustausch, sind die Rechte des Konsumenten zu achten.

9.2.2. Vereinfachung der Tariflandschaft

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Die heutige Tariflandschaft entspricht nicht einer nötigen Transparenz. Die Konsumentinnen und Konsumenten haben keine Ahnung wie und für was sie Tarife verrichten. Dies ist umgehend zu ändern und zukünftig zu beachten. Ein Ausrichtung der individuellen Vergütung ist zudem zu begrüssen, da sie Verursachergerecht ist.

9.2.3. Vereinfachung des Tarifgenehmigiungsverfahrens

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Die Vereinfachung darf nicht zuungunsten der Konsumentinnen und Konsumenten gereichen.

9.2.4. Keine gesetzliche Begrenzung der Verwaltungskosten

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Es wurde bewusst keine Obergrenze der Vergütung gesetzt, da die Verwaltungskosten sich an Effizienzkriterien orientieren sollten und nicht an einem festgelegten Fixssatz.

9.3.1.Rechtliche Regelung des Downloads aus illegaler Quelle

Position kf: *Massnahme begrüsst*

9.3.2. Entfernung unrheberrechtsverletzender Inhalte (take down)

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

An einer Selbstregulierung ist das kf zu beteiligen, um die Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten einzubringen. Eine Behörde darf lediglich als kleines Organ zwischengeschalten werden. Der Aufbau einer grossangelegten Überwachungsbehörde mit viel bürokratischem Aufwand ist abzulehnen.

9.3.3. Zugangssperre durch Access Provider

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Bei einer allfälligen Sperrung ist zu beachten, dass nicht Zugänge verunmöglicht werden, die legal sind. In einem solchen Fall gilt die Nulltoleranz und Schäden sind durch Rechteinhaber zu begleichen. Das kf ist beim Prozess der Sperrung mit einzubeziehen und angemessen zu entschädigen.

9.3.5. Datenbearbeitung

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Die Datenbearbeitung ist auf ein absolutes Minimum zu beschränken. Die Rechte der Konsumenten auf die Freiheit im Internet ist höher zu gewichten als allfällige Interessen der Rechteinhaber.

9.3.6. Aufklärende Hinweise

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Die aufklärenden Hinweise müssen dem Ziel der Information dienen. Jegliche Verunsicherung der Konsumenten ist zu vermeiden. Den Konsumenten soll nicht durch ständige Hinweise ein Unbehagen erzeugt werden, dass in die Richtung eines Überwachungsstaates geht.

9.3.7. Zivil- und Strafrechtliche Verfolgung

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Es darf zu keinerlei willkürlichen Verfolgungen kommen. Unter „schwerwiegend“ ist gewerbemässig zu verstehen. Konsumenten sind davon nicht betroffen.

9.3.8. Haftbefreiung der Provider

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Die Umsetzung muss verständlich, stringent und kostengünstig sein.

9.4.1. Im Allgemeinen

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Für Social Media Kanäle, die nicht gewerbsmässig genutzt werden, sollten keine Schranken bestehen. Das Teilen unter Bekannten muss erlaubt sein. Jegliche

Verfolgung ist abzusehen. Eine Einführung eines neuen Tarifes für eine allfällige Kollektive Vergütung ist abzulehnen.

9.4.2.1. Normvorschlag

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Die Länge der Auszüge muss so gewählt sein, dass sie der Verbreitung dient. Eine zu restriktive Handhabung ist unnütz und schadet der Bildung und Forschung. Zudem gibt es Werke die frei zugänglich sein sollten, nämlich wenn kein Rechtsanspruch eines Rechteinhabers mehr besteht.

9.4.2.2. Erläuterungen

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Im Zentrum muss immer die Bildung und Forschung stehen und keine rigide Rechtsdurchsetzung.

9.4.3. Redevance pour la copie privée et double paiment

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Jegliche Doppelbelastung des Konsumenten ist zu vermeiden. Das kf würde eine Abschaffung der Lehrträgervergütung bevorzugen. Eine Kriminalisierung der Konsumenten würde auch ohne Lehrträgervergütung nicht stattfinden.

9.5.1. Keine allgemeine Kulturflatrate

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Eine Kulturflatrate würde unweigerlich zu den selben Problemen führen wie bei der Lehrträgervergütung. Sie ist intransparent und keineswegs verursachergerecht.

9.5.2. Vermeidung Marktzutrittsschranken und Ausbau legaler Angebote

Position kf: *Massnahme begrüsst*

Das kf begrüsst lediglich Förderung innovativer Geschäftsmodelle die dem Konsumenten eine sichere und legale Möglichkeit bieten, Produkte zu konsumieren. Die Ausgestaltung des Urheberrechts muss demnach wettbewerbsfördernd sein.

9.5.3. Durchsetzung der Urheberrechtsschranken auch im Internet

Position kf: *Massnahme abgelehnt*

Im Zentrum der Ausgestaltung muss die Förderung der Bildung und Forschung stehen.

Das kf bedankt sich für die Möglichkeit der Teilnahme an der AGUR12.

Konsumentenforum kf | Belpstrasse 11 | 3007 Bern
Tel. 031 380 50 30 | Fax 031 380 50 31 | forum@konsum.ch | www.konsum.ch

Position de la Stiftung für Konsumentenschutz et de la Fédération romande des consommateurs sur le rapport de l'AGUR12

5 décembre 2013

Le groupe de travail sur le droit d'auteur (AGUR12) a fini ses travaux et rend un rapport proposant un certain nombre de solutions destinées à moderniser le droit d'auteur, à simplifier les procédures tarifaires et à répondre aux innovations découlant de la création d'Internet. Les organisations de consommateurs (Fédération romande des consommateurs, Stiftung für Konsumenschutz, ainsi que le Konsumentenforum) ont participé activement à ce groupe de travail et ont défendu les droits des consommateurs lors des travaux de l'AGUR12.

Le but de la FRC et du SKS étaient, tout d'abord, et comme cela était prévu dans le mandat de base, de veiller à ce que **le consommateur ne soit pas criminalisé**. Le rapport répond à ce premier but, raison pour laquelle la FRC et le SKS ont accepté globalement le rapport négocié avec les autres parties (ayant-droits, producteurs et utilisateurs). Il est néanmoins évident que, lors des votes individuels, certaines propositions n'ont pas recueilli le consentement des organisations de consommateurs.

Les trois revendications principales des consommateurs faites lors des travaux de l'AGUR12 sont les suivantes :

- La première et principale revendication pour le consommateur est de **bénéficier d'une offre légale plus importante en Suisse**. En effet, à l'heure où Internet permet de tout trouver sur la toile, il est difficile de demander à un consommateur suisse d'attendre plusieurs mois, voire des années pour avoir accès à certains films, séries ou encore musique. En matière de séries notamment, l'offre en Suisse, et en particulier en Suisse romande, est quasi nulle. Quand on compare par exemple l'iTunes Suisse avec iTunes France, on voit que l'offre est bien inférieure. On ne peut donc reprocher aux consommateurs suisses de se tourner vers d'autres offres.

- Nous estimons également que le consommateur **paie plusieurs fois** pour l'utilisation de la même œuvre avec les nouveaux moyens technologiques (double paiement ou Mehrfachbelastung en allemand). Par exemple, lorsqu'il achète légalement de la musique sur le web, qu'il la met sur son ordinateur portable et sur son téléphone mobile, il paiera trois fois une redevance de droit d'auteur. Il faudrait donc éviter ce paiement multiple.
- Enfin, **le problème de l'information et de la transparence** pour le consommateur est évident. Il est extrêmement difficile pour un consommateur lambda de savoir ce qui est légal de ce qui ne l'est pas. On ne peut notamment pas partir de la prémisse que si l'on paie un abonnement, on est sur une offre légale. Une campagne d'information, voire une liste noire, devraient être élaborées.

Quelles réponses de l'AGUR12 à ces revendications?

Développement de l'offre légale (point 9.5.2)

Le rapport de l'AGUR12 reconnaît les problèmes rencontrés par les consommateurs. Le groupe de travail a admis que l'offre légale en Suisse, en particulier s'agissant des films et des séries, est clairement insuffisante et qu'avant de prendre des mesures répressives, l'amélioration de l'offre légale est prioritaire. Le cadre légal ne doit pas renfermer de restrictions involontaires d'accès au marché qui entraveraient la création d'offres légales. Ainsi, la volonté du rapport est que le consommateur puisse bénéficier d'une offre légale compétitive et intéressante. Néanmoins, des mesures concrètes à ce sujet dans le rapport manquent. La FRC et le SKS veilleront à ce que cette recommandation soit particulièrement suivie lors de la suite des travaux.

Paiement multiple de la redevance pour copie privée (point 9.4.3)

De nombreuses et longues discussions à ce propos ont eu lieu. La FRC et le SKS ne sont pas d'accord sur l'interprétation faite par les Tribunaux et les sociétés de gestion de l'art. 19 al. 3bis LDA. En revanche, ce qui nous satisfait, c'est que l'AGUR12 a convenu de ne pas créer de nouvelles taxes, notamment un flatrate (tarif forfaitaire) lié à la connexion Internet, qui aurait conduit à de nouveaux paiements multiples.

Meilleure information du consommateur (point 9.1)

Le rapport prévoit de réaliser une campagne d'information à large échelle avec la participation des autorités publiques et des parties prenantes non étatiques. Pour responsabiliser le consommateur, il est très important que ceux-ci disposent d'informations claires, concrètes et transparentes. Une vaste campagne d'information permettra ainsi au consommateur de savoir quels sont ses droits et ses devoirs, ce que nous saluons.

Les autres mesures préconisées par le rapport de l'AGUR12

Efficacité et transparence des sociétés de gestion (point 9.2)

La FRC et le SKS saluent les mesures prises dans ce cadre, soit le développement de la gestion électronique, la simplification du paysage tarifaire et le consensus visant à une simplification de la procédure d'approbation des tarifs (même si aucune mesure concrète n'est proposée). Ces mesures devraient permettre de baisser les frais administratifs des sociétés de gestion. Néanmoins, la FRC et le SKS regrettent qu'aucune mesure n'ait été prise quant à une limitation légale des frais administratifs des sociétés de gestion.

Mesures pour une meilleure application des droits d'auteur (point 9.3)

La FRC et le SKS se réjouissent que le rapport inscrive clairement que le téléchargement à partir de sources illégales continue à être admis en Suisse.

Les mesures proposées visant à entraver la piraterie semblent dans la plupart des cas équilibrées, dans la mesure où le consommateur final n'est pas mis en cause. Par contre, aucune discussion sur le financement de ces mesures n'a abouti et il est clair que ce n'est pas au consommateur de le faire.

Il est pour nous essentiel que la branche de l'hébergement internet respecte le code de conduite édicté par la simsa (swiss internet industry association) et que la situation se règle de préférence par d'autres voies que celles juridiques ou administratives.

La FRC et le SKS seront particulièrement attentifs à l'adoption de mesures légales qui pourraient violer la protection des données. S'agissant notamment des messages d'avertissement pour les utilisateurs de réseaux pair-à-pair portant gravement atteinte au droit d'auteur, il faudra veiller à ce que ces avertissements soient proportionnés et que les bases légales proposées respectent la protection des données et la sphère privée des consommateurs. Ces messages ne devraient dès lors pouvoir être envoyés qu'avec l'accord d'une autorité compétente. Dans la mesure où il y a actuellement une lacune au niveau de l'information du consommateur, comme cela a déjà été relevé, il apparaît néanmoins utile d'avertir dans un premier temps un utilisateur qui violerait de manière massive les droits d'auteur. Avertissement qui devra comme dit ci-dessus respecter de manière très stricte la loi.

Par ailleurs, nous estimons que les ayant-droits, qui disposent déjà de possibilités de poursuites pénales ou civiles, doivent utiliser ces droits et ne pas attendre de l'Etat que ce soit à lui d'intenter ces poursuites. Les ayant-droits doivent défendre leurs droits devant les tribunaux, ouvrir action et obtenir des jurisprudences afin de lutter contre le piratage, mais ce n'est ni aux hébergeurs, ni aux access providers de le faire. Il est donc juste que le rapport exonère de responsabilité les fournisseurs de services internet.

Adaptation des restrictions du droit d'auteur (point 9.4)

a) La FRC et le SKS sont tout-à-fait sceptiques sur l'instauration d'une taxe liée aux réseaux sociaux. En effet, il est extrêmement fréquent que les contenus internet partagés sur Facebook par exemple le soient de manière volontaire par l'ayant-droit qui permet aux internautes de partager sa page sur un réseau social.

Il va donc être impossible de déterminer quelles sont les contenus violant de manière flagrante le droit d'auteur. Par ailleurs, l'idée d'une nouvelle taxe à ce sujet n'est pas du tout adéquate et va être fortement rejetée par la population, comme c'est le cas lors de l'adoption de chaque nouvelle taxe.

b) S'agissant des propositions de l'Office Fédéral de la Culture quant aux inventaires des bibliothèques, des musées et autres archives, celles-ci sont acceptées par la FRC et le SKS.

c) Enfin, ni la FRC, ni le SKS ne sont satisfaits de la manière dont a été résolue la question du paiement multiple de la redevance pour copie privée. Il s'agit d'une redevance obsolète qui ne répond plus aux développements d'internet et qui est payée plusieurs fois par le consommateur.

Autres recommandations (point 9.5)

a) La FRC et le SKS saluent le fait que l'AGUR12 ait renoncé à une rémunération forfaitaire globale sur les connexions internet.

b) Dans la mesure où il s'agit de la revendication principale de la FRC et du SKS, nous saluons la volonté de développer des offres légales et compétitives. Néanmoins, nous regrettons que ce point n'ait pas été plus discuté dans le groupe de travail et que des propositions n'aient pas été faites, notamment de la part des producteurs. Le marché suisse de la culture mérite que l'on s'y attarde et qu'il dispose d'offres suffisantes et compétitives par rapport à ses voisins frontaliers. Il n'est pas normal que le consommateur soit le parent pauvre dans ce domaine et qu'il ne puisse avoir accès aux mêmes contenus que chez nos voisins.

Conclusion

Les discussions au sein de l'AGUR12 ont été rudes et souvent déséquilibrées du fait d'une représentation massive des ayant-droits. La FRC et le SKS ont particulièrement veillé, dans leurs prises de position, à ce que le consommateur ne soit jamais incrimé, que de nouvelles taxes ne soient pas prévues et que leurs revendications soient écoutées. Ils estiment que ce but a été respecté et que, donc, la solution globale de compromis a pu être acceptée. Néanmoins, ils n'auront de cesse de répéter que la lutte contre la piraterie ne pourra être efficace que si une offre légale sur internet est développée et permet d'avoir accès, en même temps que nos voisins, à des films, séries, musiques, livres ou autres œuvres. Ce n'est que par ce biais que l'on pourra réellement lutter contre la piraterie. Le rapport de l'AGUR12 est maintenant entre les mains du Conseil fédéral et l'on verra désormais quelles seront les volontés politiques, administratives ou encore du marché d'améliorer la situation pour le consommateur suisse.

Pour plus de renseignements

Florence Bettschart
Responsable Politique & Droit, Avocate
Fédération romande des consommateurs
f.bettschart@frc.ch
Tél. 021 / 331 00 90

Janine Jakob
Leiterin Recht und Gesundheit
Stiftung für Konsumentenschutz
j.jakob@konsumentenschutz.ch
Tel. 031 / 370 24 24

Mandat der Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten

Die Vorsteherin des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements hat die interessierten Verbände und Verwaltungseinheiten am 8. August 2012 eingeladen, in einer Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (AGUR12[1]) mitzuwirken. Den Vorsitz der AG hat sie Herrn Roland Grossenbacher, dem Direktor des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum, übertragen.

Die AGUR12 wird beauftragt, bis Ende 2013 Möglichkeiten zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Entwicklung von Verwertungsmodellen zu legen, die den heutigen Internetnutzungen gerecht werden. Unbeabsichtigte Nutzungsschranken und Behinderungen des Wettbewerbs sollen identifiziert, beseitigt und gleichzeitig eine angemessene Vergütung für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte sichergestellt werden. Die kollektive Verwertung ist grundlegend auf Möglichkeiten zur Effizienzsteigerung und Kostensenkung zu überprüfen, wobei auch kurzfristige Massnahmen ausgearbeitet werden sollen. Auch die Möglichkeiten des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums und seiner praxisgerechten Anwendung sollen ausgelotet werden. Weiter soll sie untersuchen, ob im Urheberrecht in bestimmten Punkten vorgezogener Anpassungsbedarf auf Gesetzesebene besteht und gegebenenfalls konsensorientierte Änderungsvorschläge unterbreiten. Den bestehenden Interessenausgleich im Urheberrecht soll sie vertieft prüfen und Empfehlungen für eine allfällige Neuordnung abgeben.

Die AGUR12 berücksichtigt in ihrer Arbeit die parlamentarischen Vorstösse Po. 12.3326 Recordon "Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht", Po. 12.3289 Malama "Persönlichkeitsverletzungen im Internet", Ip. 12.3092 Mörgeli "Kollektive Verwertung von Urheberrechten", Po. 12.3173 Glättli "Angemessene Entschädigung von Kulturschaffenden unter Einhaltung der Privatsphäre der Internetnutzenden", Mo. 10.3612 Pfister "Bildung entlasten. Änderung des Urheberrechtsgesetzes", Ip. 09.3802 Fluri "Schutz des geistigen Eigentums im Internet", pa.Iv. 09.522 Leutenegger Oberholzer "Überhöhte Lohnbezüge bei den Verwertungsgesellschaften. Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes", Mo. 08.3589 Stadler "Copyright-Vergütungen für Urheber statt für Prozesse", Mo. 07.3758 Leutenegger Oberholzer "Artikel 60 URG. Leerträgervergütung", Po. 07.3734 Leutenegger Oberholzer "Urheberrecht. Verwertungsgesellschaften. Mehr Transparenz", den Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary und den Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion 08.3589 Stadler "Copyright-Vergütungen für Urheber statt für Prozesse".

[1] *Das Akronym steht für die 2012 eingesetzte Arbeitsgruppe Urheberrecht.*

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3326 – Postulat

Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes

Déposé par	Recordon Luc
Date de dépôt	16.03.2012
Déposé au	Conseil des Etats
Etat des délibérations	Transmis

Texte déposé

Le Conseil fédéral est prié de présenter des pistes pouvant mener à un compromis acceptable entre les intérêts légitimes des titulaires de droits d'auteur et la remarquable faculté de diffusion large et souple de différents produits culturels par voie électronique. Il examinera notamment quelles rétributions forfaitaires pourraient être acquittées par les internautes, englobées dans le prix du matériel utilisé ou dans celui de l'abonnement aux services du fournisseurs d'accès.

Développement

La résolution du conflit entre les deux intérêts publics opposés, tous deux de nature culturelle, exige de sortir d'un affrontement stérile, marqué par un jeu malsain "de gendarmes et de voleurs", qui ne mène de toute façon ni à une rémunération suffisante des créateurs ni à une diffusion étendue des oeuvres, qu'elles soient musicales, cinématographiques ou autres.

Les exemples de la loi française dite Hadopi, de la chasse aux sorcières dans divers pays anglo-saxons, des difficultés économiques persistantes des auteurs et désormais aussi des cessionnaires de droits, sans parler des perspectives inquiétantes véhiculées par le projet du traité ACTA, montrent la vanité de la voie répressive.

Heureusement, le Conseil fédéral a opté pour le maintien d'une position de principe plutôt libérale (réponse au postulat Savary 10.3263). Pour autant, le problème reste entier. Or, des méthodes de prélèvement des droits respectueuses d'une libre circulation moderne des oeuvres existent et ont permis à l'époque de leur introduction d'adapter avec souplesse la juste protection de la création au progrès technique: il en est ainsi de la protection du livre face à l'apparition de la photocopieuse et du film face à l'invention des supports permettant un transport et une projection privée aisés; la jurisprudence et la doctrine juridique s'y sont de longue date attachées (voir notamment l'ATF 4C.28/2002 et l'ouvrage de Dominique Diserens, "La location de vidéogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur", Genève, Droz, 1986). Des solutions de ce type doivent être aujourd'hui explorées pour éviter la sclérose juridicoculturelle qui menace les échanges par plateformes de partage de fichiers et de pair à pair.

Il est certes possible que toutes les questions ne trouvent pas là leur réponse - telles celles touchant les droits d'auteur sur les logiciels, plutôt appelées à se régler par le développement des logiciels libres -, mais le champ des possibles est assez prometteur pour mériter une investigation. Cela devrait aussi être l'occasion de se pencher sur la garantie de conditions équitables de cession des droits et de rappeler l'incessibilité des droits moraux, comme le droit de modification, mais aussi sur la question d'une rémunération équitable des journalistes auteurs (comme en droit allemand) et sur celle d'une autorisation et d'un paiement préalables avant toute numérisation d'une oeuvre journalistique.

Proposition du Conseil fédéral du 09.05.2012
Le Conseil fédéral propose d'accepter le postulat.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
05.06.2012	CE	Adoption.

Conseil prioritaire
Conseil des Etats

Cosignataires (10)
Berberat Didier Cramer Robert Fetz Anita Hêche Claude Janiak Claude
Maury Pasquier Liliane Rechsteiner Paul Savary Géraldine Stöckli Hans
Zanetti Roberto

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht audiovisuelle Piraterie Internet Güterabwägung geistiges Eigentum

Indexation complémentaire:
12;34

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3289 – Postulat

Atteintes à la personnalité sur Internet

Déposé par	Malama Peter
Date de dépôt	16.03.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport:

1. qui indiquera précisément les problèmes juridiques liés à la défense de droits (droits de la personnalité, droit d'auteur, liberté d'expression) à l'égard des fournisseurs d'hébergement internationaux (Facebook, Twitter), plus particulièrement à l'égard de ceux qui ont un domicile en Suisse (Google);

2. qui évaluera:

a. s'il y a lieu d'adapter la législation suisse (dans le domaine des droits de la personnalité, par ex.);

b. s'il est pertinent de reprendre la 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");

c. s'il existe des perspectives réalistes d'accélérer l'entraide judiciaire pour l'exercice des prétentions de droit civil sur le plan international;

d. si l'on a les moyens d'imposer aux hébergeurs web internationaux de tenir compte dans une juste mesure de la diversité des opinions.

Développement

Les violations des droits de la personnalité et du droit d'auteur sur Internet ont augmenté considérablement ces dernières années. Les médias sociaux jouant un rôle croissant, il y a lieu de s'attendre à ce que ce phénomène s'accentue. En Suisse, pourtant, la responsabilité juridique des hébergeurs web tels que Facebook, Twitter ou Google n'est pas clarifiée. Les questions de la compétence et de la légitimation passive se posent en plus dans la pratique. Et les milieux spécialisés déplorent quant à eux que l'exécution des décisions suisses à l'étranger prenne trop de temps. Dans un cas concret, un tribunal bâlois a rendu une décision superprovisionnelle contre Facebook. Cette décision, malgré son caractère urgent, a mis plusieurs semaines pour parvenir à l'hébergeur. En outre, les médias ont rapporté que Facebook avait effacé un forum comprenant quelque 800 000 membres parce qu'un appel au boycott d'un groupe pétrolier y avait été lancé. Dans ce contexte, la question se pose de savoir dans quelle mesure les hébergeurs web internationaux peuvent être astreints à tenir compte dans une juste mesure de la diversité des opinions, surtout quand on sait que le discours public et la formation d'opinion passent de plus en plus par les médias sociaux.

Avis du Conseil fédéral du 16.05.2012

Le Conseil fédéral accorde beaucoup d'importance à la lutte contre les atteintes au droit de la personnalité et au droit d'auteur sur Internet. Il est conscient de la problématique (cf. les ch. 2.2, 2.6 et 3 de la "Stratégie du Conseil fédéral pour une société de l'information en Suisse", mise à jour le 9 mars 2012) et s'engage tant dans le domaine de la prévention (cf. les ch. 5 et 6 du "Rapport sur la cyberintimidation" en réponse au postulat Schmid-Federer 08.3050) que de la répression (par ex. avec le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet, SCOCI) au sujet des problèmes évoqués par l'auteur du postulat. Il y a quelques mois seulement, en date du 9 décembre 2011, le Conseil fédéral a approuvé le rapport sur l'évaluation de la loi sur la protection des données (RS 235.1) et a chargé le DFJP d'examiner l'opportunité de renforcer la législation en matière de protection des données, sur la base des développements en cours dans l'UE.

En ce moment, l'Office fédéral de la communication est en train d'élaborer un rapport sur les aspects juridiques des médias sociaux. Ce rapport repose sur le postulat Amherd (11.3912), que le Conseil fédéral a accepté en date du 23 novembre 2011. Le rapport se concentre sur la législation actuelle, en Suisse et à l'étranger, au sujet des médias sociaux, sur les lacunes du droit et, le cas échéant, sur le besoin de légiférer. Sont également adressés la protection des droits fondamentaux ainsi que la question d'un éventuel besoin d'action pour la protection de la diversité des opinions et des offres dans le domaine des médias sociaux, de façon analogue à la loi fédérale sur la radio et la télévision (RS 784.40). L'avis du Conseil fédéral évoque expressément qu'il est "difficile d'appliquer le droit en vigueur aux médias sociaux car les exploitants de ce type de plateformes sont souvent actifs à l'échelle internationale, et ... les législations nationales atteignent leurs limites "

Finalement, le postulant veut imposer aux hébergeurs web internationaux de tenir compte dans une juste mesure de la diversité des opinions. Le Conseil fédéral est conscient de l'importance des médias pour la formation de la volonté; il estime cependant qu'il appartient à la branche de gérer les changements structurels et a décidé, dans son rapport du 29 juin 2011 en réponse aux postulats 09.3629 et 09.3980, de renoncer à de nouvelles mesures étatiques et de miser sur l'autorégulation des médias (ch. 3.3, 3.4 et 5).

Les questions adressées par le postulant concernent pour la plupart des aspects déjà largement couverts par les rapports mentionnés; il peut dès lors être renvoyé à ces rapports.

Proposition du Conseil fédéral du 16.05.2012

Le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat.

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
29.11.2012	CN	L'intervention est classée, l'auteur ayant quitté le conseil.

Conseil prioritaire

Conseil national

Descripteurs (en allemand): Aide

Internet Rechtssicherheit Rechtsschutz Informationsgesellschaft Hostbetreiber Recht des Einzelnen Urheberrecht Meinungsfreiheit elektronischer Handel

Indexation complémentaire:

12;34

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3092 – Interpellation
Gestion collective des droits d'auteur

Déposé par	Mörgeli Christoph
Date de dépôt	07.03.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Non encore traité au conseil

Texte déposé
Dans son arrêt du 10 février 1999, le Tribunal fédéral s'était prononcé sur la situation juridique de la gestion collective des droits d'auteur (ATF 125 III 141 consid. 3). Il ressort de l'exposé du Tribunal fédéral que les recettes des sociétés de gestion des droits d'auteur doivent bénéficier avant tout aux détenteurs de ces droits. Dans ce contexte je charge le Conseil fédéral de répondre aux questions suivantes:

1. La situation juridique décrite à l'époque par le Tribunal fédéral est-elle toujours d'actualité?

2. Est-il exact que la société de gestion des droits d'auteur ProLitteris consacre près de la moitié de ses recettes à ses propres dépenses et le Conseil fédéral estime-t-il que cette situation se justifie sur le plan économique?

3. Est-il vrai que ProLitteris octroie un quart des recettes qui ne sont pas consacrées à ses propres dépenses à des maisons d'édition et un quart à des auteurs?

4. Le Conseil fédéral peut-il nous dire à quelle somme se montent les trois plus importants versements effectués en faveur de maisons d'édition et les trois plus importants versements effectués en faveur d'auteurs?

5. L'intention du législateur ne serait-elle pas mieux respectée si les versements ne bénéficiaient plus qu'aux détenteurs des droits d'auteur et cessaient de bénéficier à des maisons d'édition?

Réponse du Conseil fédéral du 09.05.2012
Nous prenons position comme suit sur les questions posées:

1. Oui, la situation juridique demeure inchangée.

2. Les frais administratifs bruts de ProLitteris sont restés relativement stables depuis des années. En 2010, ils s'élevaient à 7 457 749,80 francs, soit 21,4 pour cent des recettes de la société de gestion. Cette dernière va devoir continuer à fournir des efforts en vue de les réduire encore.

3. Selon ProLitteris, les recettes perçues sur les reprographies et les utilisations par l'intermédiaire de réseaux numériques sont réparties, après déduction des frais administratifs, à parts égales entre auteurs et maisons d'édition en application d'une décision prise par sa direction. Pour les domaines qui ne sont pas soumis à la gestion collective obligatoire, les ayants droit peuvent définir eux-mêmes la clé de répartition.

4. Voici les chiffres de ProLitteris pour les trois plus importants versements de recettes issues des reprographies et des utilisations par l'intermédiaire de réseaux numériques effectués l'année dernière: à des auteurs 38 096,15; 37 578,40 et 30 059,20 francs et à des maisons d'édition 194 240,45; 173 854,45 et 149 211,45 francs.

5. La loi sur le droit d'auteur protège les auteurs en prévoyant à son article 49 alinéa 3, qu'une part équitable du produit de la gestion collective obligatoire doit leur revenir lors de la répartition. Le législateur voulait éviter que les sociétés de gestion ne deviennent l'instrument exclusif de maisons d'édition et de producteurs. Lors de la révision totale de 1992, il a refusé de limiter la distribution des recettes aux seuls auteurs.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
14.12.2012	CN	La discussion est reportée.

Conseil prioritaire
Conseil national

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht parastaatliche Verwaltung Kostenrechnung Buchführung Verlag literarischer Beruf

Indexation complémentaire:
2831

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3173 – Postulat

Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet

Déposé par	Glättli Balthasar
Date de dépôt	14.03.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Transmis

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport qui indiquera quelles nouvelles formes de rétribution des droits d'auteur peuvent être créées afin que les artistes suisses perçoivent, dans le respect des droits fondamentaux en général, et de la sphère privée des usagers d'Internet en particulier, une juste indemnité pour la perte de revenu qu'ils subissent du fait de l'augmentation de l'échange sur Internet d'oeuvres (textes, images, musique, films) utilisées sans licence.

Développement

Les artistes suisses, notamment les musiciens, ont réagi avec consternation - et on les comprend - au rapport établi par le Conseil fédéral en réponse au postulat Savary 10.3263. A supposer que l'on considère, comme le Conseil fédéral, que la situation actuelle est tolérable, il faut dresser rapidement un vaste état des lieux afin d'anticiper autant que faire se peut un débat politique nécessaire. Les technologies d'Internet et d'accès mobile à la bande passante progressent rapidement. Une pression plus forte s'exercera donc pour le développement de mesures préventives et répressives (surveillance des transactions Internet privées, pression sur les fournisseurs d'accès pour qu'ils mettent en place un système de filtrage ou autre, ou bloquent l'accès en cas d'infraction à la législation sur le droit d'auteur). Une telle évolution mettrait en péril le droit fondamental au respect de la vie privée et la liberté d'expression sur Internet.

Les modèles de rémunération à examiner dans le rapport seront par exemple l'introduction d'une rémunération sous forme de forfait ("flatrate"), système déjà débattu en 2009 par suisseculture, organisation faîtière des associations des créateurs artistiques, des professionnels des médias et des sociétés de droits d'auteur de Suisse, ou le prélèvement d'une redevance marginale sur le débit de données.

Avis du Conseil fédéral du 16.05.2012

Le Conseil fédéral est disposé à dresser un aperçu des possibles nouvelles formes d'indemnisation des droits d'auteur en exécution du présent postulat et du postulat Recordon 12.3326, "Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des internautes". Il convient toutefois de relever qu'une indemnité perçue en rémunération de l'échange, sur Internet, d'oeuvres sans licence, couvrirait également l'"upload", autrement dit la mise à disposition illicite sur Internet, et servirait de refuge aux plateformes illégales comme Pirate Bay. Par ailleurs, cette solution serait difficilement compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Partant de l'hypothèse que ces implications ne répondent

certainement pas à la volonté de l'auteur du postulat et des cosignataires, le Conseil fédéral en tiendra compte dans son rapport.

Proposition du Conseil fédéral du 16.05.2012
Le Conseil fédéral propose d'accepter le postulat.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
15.06.2012	CN	Adoption.

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (20)
Badran Jacqueline Flach Beat Gilli Yvonne Graf-Litscher Edith Hiltpold Hugues Hodgers Antonio John-Calame Francine Leuenberger Ueli Müller Geri Naef Martin Nussbaumer Eric Reimann Lukas Riklin Kathy Schelbert Louis Schwaab Jean Christophe Sommaruga Carlo van Singer Christian Vischer Daniel Wasserfallen Christian Wermuth Cédric

Descripteurs (en allemand): Aide
Künstlerberuf Internet Urheberrecht Schutz der Privatsphäre Kulturförderung Computer Datenspeicherung

Indexation complémentaire:
2831

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

10.3612 – Motion

Modifier la loi sur le droit d'auteur pour alléger la charge pesant sur la formation

Déposé par	Pfister Gerhard
Date de dépôt	18.06.2010
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé de modifier ou de compléter l'article 19 alinéa 1 lettre b de la loi sur le droit d'auteur, en relation avec l'article 60 alinéa 3 afin que les écoles et d'autres institutions de formation bénéficient automatiquement d'un rabais de 65 pour cent par rapport aux "tarifs communs" négociés avec les sociétés de gestion des droits d'auteur.

Développement

Tous les cinq ans, les écoles (publiques et privées) voient augmenter le montant des redevances dues à la société Prolitteris. Selon les indications de cette dernière, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique et les écoles privées acquittent chaque année 4,3 millions de francs au titre des droits d'auteur, soit près de 50 pour cent de l'ensemble des redevances touchées par la société (8,6 millions de francs). Le domaine de la formation est donc de loin le plus grand contributeur de Prolitteris, l'économie suisse payant une part bien inférieure. Notons par ailleurs qu'en 2008, les frais d'administration de Prolitteris ont englouti 24,3 pour cent du total des redevances. Les écoles bénéficient certes d'un rabais, mais les contributions du domaine de la formation ne cessent d'augmenter: Prolitteris négocie ainsi un doublement des tarifs applicables aux réseaux numériques ("tarif commun 9"). Le rabais fixé d'un commun accord à 35 pour cent est beaucoup trop bas au vu de la multiplication des redevances. Il faut donc alléger la charge pesant sur le domaine de la formation. Ce sont en effet les écoles qui, en transmettant les connaissances de base (lire, écrire et compter), permettent finalement aux jeunes d'accéder aux oeuvres protégées par le droit d'auteur. Prenons un exemple: lors de sa dernière année de formation, un étudiant du degré secondaire supérieur (gymnase) du canton de Berne achète en librairie pour environ 300 francs d'oeuvres littéraires; parallèlement, son gymnase paie chaque année une redevance de fr. 4.60 par étudiant pour les photocopies et, depuis peu, une redevance de 3 francs par étudiant pour son réseau numérique. Le montant des droits d'auteur apparaît ainsi totalement disproportionné par rapport à leur utilité pour la protection des oeuvres, par rapport aux frais d'administration astronomiques des sociétés de gestion des droits d'auteur et par rapport au rôle fondamental que jouent les institutions de formation, sans lesquelles aucun droit d'auteur ne serait perçu.

Avis du Conseil fédéral du 01.09.2010

En vertu de la loi en vigueur sur le droit d'auteur, les institutions de formation sont privilégiées par rapport aux autres utilisateurs puisque les sociétés de gestion sont soumises à l'obligation d'appliquer un tarif plus favorable pour l'utilisation scolaire. Actuellement, les trois tarifs concernant l'utilisation scolaire accordent un rabais de 35 pour cent. Les associations des

institutions de formation ont approuvé ce rabais dans le cadre des négociations de tarifs et la Commission arbitrale fédérale pour la gestion des droits d'auteur et des droits voisins les a également approuvés en se fondant sur l'accord auquel étaient parvenu les parties.

La durée de validité des tarifs en question expire à la fin 2011 et les partenaires tarifaires négocient d'ores et déjà les nouveaux tarifs. Les associations des institutions de formation sont dès lors libres de demander un rabais plus élevé par rapport à celui accordé jusqu'à présent. Si aucun accord ne devait être trouvé, la Commission arbitrale se prononcera à l'occasion du contrôle de l'équité réalisé dans le cadre de la procédure d'approbation des tarifs si une augmentation du rabais s'avère opportune.

Tant que reste ouverte la question de savoir si les possibilités accordées par le droit en vigueur en faveur de l'utilisation scolaire ont été épuisés, il n'est pas nécessaire d'agir sur le plan législatif.

Proposition du Conseil fédéral du 01.09.2010
Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
15.06.2012	CN	En suspens depuis plus de deux ans; classement.

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (10)
Bischof Pirmin Brunschwig Graf Martine Darbellay Christophe Gadient Brigitta M. Hochreutener Norbert Humbel Ruth Loepfe Arthur Müri Felix Riklin Kathy Triponez Pierre

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht reduzierter Preis Schule Privatschulwesen Bildungspolitik Kosten des Bildungswesens Gebühren

Indexation complémentaire:
32;12

Compétence
Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

09.3802 – Interpellation
Protection de la propriété intellectuelle sur Internet

Déposé par	Fluri Kurt
Date de dépôt	23.09.2009
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé
Je charge le Conseil fédéral de répondre aux questions suivantes:

1. Est-il disposé à préparer un rapport qui exposera comment la loi sur le droit d'auteur pourrait être adaptée et complétée en vue de garantir une meilleure protection de la propriété intellectuelle sur Internet?

2. Est-il disposé à étudier et à présenter notamment dans ce rapport les mesures qui permettraient d'améliorer et de simplifier le recours au droit suisse en vigueur lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la protection du droit d'auteur sur Internet, par exemple avec l'introduction d'une obligation générale d'identification faite aux exploitants de sites Web?

3. Est-il disposé à introduire dans la loi sur le droit d'auteur, à côté de la protection du droit d'auteur déjà en vigueur, une protection de la prestation, applicable aux producteurs d'actualités en ligne (et notamment aux portails des éditeurs de presse)?

Développement
A l'ère du numérique, l'offre en ligne est accessible d'un click de souris et peut être copiée instantanément, par simple copier-coller, sur les pages Web d'un tiers, notamment en ce qui concerne les contenus journalistiques les plus intéressants des portails d'actualités. En pratique, les atteintes au droit d'auteur sur Internet sont aujourd'hui très difficiles à poursuivre en justice. Il est donc nécessaire de rechercher les mesures simples et efficaces qui permettraient de faire également valoir sur Internet les prétentions relatives au droit d'auteur.

Les producteurs de contenus médiatiques diffusés sur Internet, sous forme de portails d'actualités, par exemple, fournissent des prestations autonomes et dignes de protection. La création et la diffusion de contenus journalistiques exigent des investissements considérables et très divers, qui vont bien au-delà de ce que demandent la création et l'indemnisation de simples contributions protégées par le droit d'auteur. Les agrégateurs d'actualités, de même que d'autres tiers opérant sur Internet, collectent et exploitent ensuite gratuitement ces contributions journalistiques. Les prestations économiques et journalistiques fournies par les producteurs doivent pourtant être rémunérées. Il faut donc rechercher et présenter les moyens par lesquels la protection de la prestation des éditeurs et d'autres producteurs pourra être inscrite dans la loi sur le droit d'auteur et montrer comment cette protection pourra être mise en oeuvre, sur le modèle, par exemple, du droit en vigueur applicable aux producteurs de phonogrammes ou aux artistes interprètes.

Les efforts entrepris dans le même sens par les pays germanophones et à l'échelon de l'UE seront pris en considération dans le rapport.

Réponse du Conseil fédéral du 18.11.2009

Depuis l'entrée en vigueur de la révision partielle de la loi sur le droit d'auteur (RS 232.1) le 1er juillet 2008, le législateur garantit la protection des oeuvres littéraires et artistiques dans l'environnement numérique également. La solution qu'il a retenue intègre les contraintes découlant des deux traités Internet de l'OMPI et tient compte de la Directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Plusieurs mesures de lutte contre la contrefaçon et le piratage sont entrées en vigueur en même temps que cette révision partielle à la faveur d'une modification de la loi sur les brevets, laquelle a entraîné une harmonisation de toutes les lois spéciales régissant les biens immatériels dans ce domaine. Ces mesures ont permis de mettre la législation suisse au niveau de protection européen en ce qui concerne l'application des droits de propriété intellectuelle.

Le droit suisse facilite aujourd'hui déjà l'identification des exploitants de sites Web. En vertu de l'article 14a alinéa 2 lettre d de l'ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (RS 784.104), SWITCH tient un registre centralisé public qui garantit à toute personne intéressée un accès en temps réel à des données relatives aux titulaires de noms de domaine avec les extensions ".ch" et ".li". La plupart du temps, les informations relatives à d'autres noms de domaine peuvent être obtenues par le biais des sociétés étrangères administrant les registres correspondants. Il est par ailleurs prévu de donner aux autorités suisses les moyens d'exiger à l'avenir du titulaire d'un nom de domaine se terminant en ".ch" qu'il indique une adresse de correspondance valable en Suisse. Si celui-ci faillit à cette obligation, il verra son nom de domaine être révoqué. Une adaptation de l'ordonnance précitée allant dans ce sens est en préparation et devrait entrer en vigueur début 2010.

Lors de la révision totale du droit d'auteur, la possibilité de créer un droit garantissant la protection de la prestation des éditeurs a été examinée, puis écartée parce que l'article 5 lettre c de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241) garantissait déjà une protection découlant du droit de la concurrence et que l'on cherchait à éviter les indemnisations multiples. La situation n'a pas changé depuis. De surcroît, dans la pratique, les éditeurs ont pour habitude de se faire céder les droits d'auteur. La création d'un droit garantissant la protection de leur prestation ne ferait par conséquent qu'ajouter une couche supplémentaire de droits sans que le besoin s'en fasse forcément sentir.

Pour l'heure, le Conseil fédéral ne voit donc aucune nécessité de préparer un rapport. Il est cependant fort probable que les développements d'Internet appellent de nouvelles adaptations du droit d'auteur. Le Conseil fédéral suivra par conséquent de près l'évolution du droit aux niveaux régional et international.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
11.12.2009	CN	Liquidée.

Conseil prioritaire

Conseil national

Cosignataires (4)

Leutenegger Filippo Müller Thomas Pfister Gerhard Vischer Daniel

Descripteurs (en allemand): Aide

geistiges Eigentum Internet Urheberrecht Transparenz Verlag Zeitung Bericht

Indexation complémentaire:
34;12

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

09.522 – Initiative parlementaire

Salaires excessifs versés dans les sociétés de gestion. Compléter la loi sur le droit d'auteur

Déposé par	Leutenegger Oberholzer Susanne
Date de dépôt	11.12.2009
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé

Conformément à l'article 160 alinéa 1 de la Constitution et à l'article 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante:

La loi sur le droit d'auteur (LDA) sera modifiée de telle manière que la politique des sociétés de gestion en matière de rémunération ne permette pas de verser des salaires excessifs aux organes dirigeants. A cet effet, le législateur fixera dans la LDA les principes qui régissent cette rémunération (salaires, bonus, etc.). Celle-ci sera alignée sur les pratiques en vigueur dans l'administration fédérale.

Développement

Les sociétés de gestion visées dans la LDA doivent s'assurer que les ayants droit d'une oeuvre perçoivent la rémunération qui leur est due. Elles sont dotées de la personnalité juridique. Elles ne doivent pas viser de but lucratif (art. 45 al. 3) et doivent appliquer les principes d'une gestion saine et économique.

Un aperçu du compte annuel et des rapports de gestion montre en 2008, pour la première fois, le montant des salaires versés par ces sociétés de gestion à leurs organes dirigeants. Il suffit d'y jeter un bref regard pour s'apercevoir que les sommes sont particulièrement élevées. Voici les chiffres pour 2008:

SUISA, Coopérative des auteurs et éditeurs de musique:

Indemnisation des dirigeants (en francs): 357 000; collaborateurs/postes de travail: 168; chiffre d'affaires (en francs): 152,2 millions.

Pro Litteris:

Indemnisation des dirigeants (en francs): 308 100; collaborateurs/postes de travail: 23; chiffre d'affaires (en francs): 29,9 millions.

Société suisse des auteurs (SSA):

Indemnisation des dirigeants (en francs): 240 000; collaborateurs/postes de travail: 20/17; chiffre d'affaires (en francs): 18,3 millions.

Suissimage (SI):

Indemnisation des dirigeants (en francs): 200 300; collaborateurs/postes de travail: 34/26,9; chiffre d'affaires (en francs): 91,7 millions.

Swissperform (SWP):

Indemnisation des dirigeants (en francs): 187 200; collaborateurs/postes de travail: 13/10,8; chiffre d'affaires (en francs): 38,3 millions.

La LDA garantit des droits aux auteurs. Elle prévoit des rémunérations pour l'exploitation des droits d'auteur, ce qui donne un monopole aux sociétés de gestion: celles-ci gèrent les fonds issus des droits d'auteur et les redistribuent. Le risque commercial qu'elles assument est insignifiant. Il ne faut donc pas comparer ces sociétés, même si elles sont dotées de la personnalité juridique, avec les entreprises du secteur privé, quant à elles soumises aux lois du marché. Leurs dirigeants respectifs n'ont pas du tout les mêmes fonctions, qui sont plutôt à rapprocher de celles de l'administration fédérale. Or, on compte en tout, dans l'administration fédérale, cinq personnes dont les salaires se rapprochent de ceux versés par SUISA, pour des responsabilités autrement plus importantes dans le domaine des finances fédérales. Dans les offices fédéraux d'une certaine taille (par ex. l'Office fédéral de la culture), les salaires et traitements des dirigeants se situent dans des catégories largement inférieures.

Les sociétés de gestion sont soumises à la surveillance de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. Ce dernier n'a pas la compétence nécessaire pour contrôler le montant des salaires ou exiger une correction à la baisse. Il ne peut que vérifier que la prise de décision au sein de ces sociétés se fait conformément au droit. Apparemment, les organes des sociétés de gestion ne sont pas davantage en mesure de corriger les salaires excessifs.

Il faudra donc réviser la LDA afin de garantir que les salaires des dirigeants de ces sociétés resteront dans des normes acceptables. Les salaires devront être alignés sur ceux des dirigeants de l'administration fédérale qui exercent des fonctions comparables.

Documents

Communiqués de presse
Bulletin officiel - les procès-verbaux

Rapports de commission

23.08.2012 - Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
01.09.2011 - Commission des affaires juridiques du Conseil national

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
15.10.2010	CAJ-CN	Décidé de donner suite à l'initiative.
05.05.2011	CAJ-CE	Ne pas donner suite
06.12.2011	CN	Décidé de donner suite à l'initiative.
27.09.2012	CE	Le conseil décide de ne pas donner suite à l'initiative.

Commissions concernées

Commission des affaires juridiques CN (CAJ-CN)
Commission des affaires juridiques CE (CAJ-CE)

Catégorie objet CN
IV

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (18)
Allemann Evi Chopard-Acklin Max Daguet André Fässler-Osterwalder Hildegard Fehr Hans-Jürg Fehr Jacqueline Heim Bea Levrat Christian Nordmann Roger Nussbaumer Eric Rechsteiner Rudolf Schenker Silvia Sommaruga Carlo Steiert Jean-François Stöckli Hans Stump Doris Thanei Anita Widmer Hans

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht Gehaltsprämie Führungskraft Lohnskala Lohnfestsetzung Lohn literarisches und künstlerisches Eigentum parastaatliche Verwaltung

Indexation complémentaire:
2831;Verwertungsgesellschaft

Compétence
Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

08.3589 – Motion

Droit d'auteur. Moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit

Déposé par	Stadler Hansruedi
Date de dépôt	02.10.2008
Déposé au	Conseil des Etats
Etat des délibérations	Transmis

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé de veiller, par exemple en complétant l'article 50a LAVS relatif à la communication de données, à ce que les droits d'auteur pour l'utilisation d'oeuvres protégées (livres, journaux, etc.) puissent être perçus de manière plus économique.

Développement

La législation suisse relative au droit d'auteur autorise la photocopie de livres, brochures, journaux, magazines, etc., sans autorisation des ayants droit, en particulier lorsqu'il s'agit de "la reproduction d'exemplaires d'oeuvres au sein des entreprises, à des fins d'information interne ou de documentation" (art. 19 al. 1 let. c LDA). En contrepartie, les auteurs et les éditeurs ont droit à une rémunération équitable. Aux termes de l'article 20 LDA, leurs droits ne peuvent toutefois être exercés que par les sociétés de gestion agréées (en l'occurrence Prolitteris).

Dans le cas de la majorité des entreprises tenues à rémunération, les tarifs (négociés avec les associations d'utilisateurs représentatives et approuvés par la Commission arbitrale fédérale) prévoient des rémunérations forfaitaires dont le montant dépend, d'une part, de la branche dans laquelle l'entreprise est active, d'autre part du nombre de ses employés. Prolitteris doit collecter elle-même ces données. Elle n'y parvient qu'en partie, après de fastidieuses demandes écrites et téléphoniques. De nombreuses entreprises tenues à rémunération refusent toute information, ce qui oblige la société de gestion des droits à se procurer les critères de calcul (branche et nombre de collaborateurs) en procédant par évaluation.

En conséquence, un grand nombre des plus de 70 000 factures envoyées chaque année est considéré comme erroné par les utilisateurs, qui refusent donc de les payer. Etant donné que la loi oblige les sociétés de gestion à pratiquer l'égalité de traitement entre tous les utilisateurs, Prolitteris doit porter plainte contre les mauvais payeurs et tenter de faire valoir les droits des auteurs par voie de justice. De ce fait, une part importante des rémunérations versées est consacrée à des frais de procès et les ayants droit sont lésés d'autant. La gestion de la rémunération des auteurs fait également perdre beaucoup de temps et d'énergie aux utilisateurs, qui ne peuvent que s'irriter face à l'insuffisance des instruments existants.

A l'heure actuelle, la société de gestion des droits d'auteur ne dispose d'aucune documentation officielle qui lui permette de saisir nom, adresse, branche et nombre d'employés des utilisateurs. Elle doit collecter ces données à grand-peine ou procéder par évaluation, du fait que les utilisateurs lui refusent très souvent leur concours, malgré l'obligation de coopérer qui leur est faite à l'article 51 alinéa 1 LDA. Si les sociétés de gestion agréées disposaient de ces données, elles pourraient gérer l'encaissement de manière nettement plus économique, tant pour les utilisateurs que pour les auteurs. Les autorités compétentes pourraient par exemple leur donner accès aux données nécessaires à la

facturation (entreprise, branche, nombre d'employés) sur une base annuelle. Un pareil système existe par exemple depuis des années en ce qui concerne Billag SA, qui a été pourvue des compétences nécessaires pour l'exécution de son mandat légal.

Le Conseil fédéral est chargé de créer la base légale qui permettra à Prolitteris d'obtenir - par analogie avec Billag SA - les données requises pour faire valoir les droits des auteurs et des éditeurs. Il procédera par exemple en complétant l'article 50a alinéa 4 lettre b LAVS.

Avis du Conseil fédéral du 19.11.2008
Le Conseil fédéral partage l'avis de l'auteur de la motion. En effet, la récente application des droits à rémunération par voie de justice à l'égard d'utilisateurs non disposés à payer a clairement montré qu'il est nécessaire d'agir sur le plan législatif. L'adaptation de la LAVS permettrait aux sociétés de gestion d'obtenir de manière simple les données que les personnes concernées devraient communiquer en vertu de la loi et d'écarter les revendications illégitimes, assurant ainsi la mise en oeuvre de la solution légale.

Proposition du Conseil fédéral du 19.11.2008
Le Conseil fédéral propose d'accepter la motion.

Documents

Communiqués de presse
Bulletin officiel - les procès-verbaux

Rapports de commission

23.04.2009 - Commission des affaires juridiques du Conseil national

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
17.12.2008	CE	Adoption.
28.05.2009	CN	Adoption.

Commissions concernées

Commission des affaires juridiques CN (CAJ-CN)

Conseil prioritaire
Conseil des Etats

Cosignataires (18)
Bieri Peter Bischofberger Ivo Briner Peter Egerszegi-Obrist Christine Germann Hannes Graber Konrad Gutzwiller Felix Hêche Claude Imoberdorf René Inderkum Hansheiri Janiak Claude Leumann Helen Lombardi Filippo Luginbühl Werner Niederberger Paul Schweiger Rolf Seydoux-Christe Anne Sommaruga Simonetta

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht Verlag literarischer Beruf Entschädigung Vollzug von Beschlüssen

Indexation complémentaire:
12

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

07.3758 – Motion

Article 60 LDA. Redevance sur les supports vierges

Déposé par	Leutenegger Oberholzer Susanne
Date de dépôt	05.10.2007
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé de modifier la loi sur les droits d'auteur (LDA) - par exemple en modifiant l'article 60 - afin de compléter le principe de l'équité des indemnités, qui concerne l'utilisation d'oeuvres protégées par un droit d'auteur, par une disposition spéciale relative à la redevance sur les supports vierges. Ce faisant, il tiendra compte des points suivants:

1. Protection accrue des consommateurs: la durée de la procédure devra être raccourcie en ce qui concerne la fixation des indemnités, afin de permettre des adaptations plus rapides à l'évolution des techniques et du marché. D'une part, la longueur des procédures confère à des tarifs surévalués une certaine permanence. D'autre part, dans le cas où des usages inédits conduisent à une hausse des indemnités, il faut pouvoir introduire une réduction de ces indemnités pendant la durée de la procédure d'approbation et des voies de droit.

2. Plus de droits pour la Suisse: en ce qui concerne le transfert des indemnités vers l'étranger, il faudra garantir, en relation avec l'article 35 alinéa 4 LDA, que les ayants droit qui ne résident pas en Suisse ont droit à des indemnités uniquement s'il existe un accord de droit international ou si l'autre Etat accorde un droit réciproque aux ayants droit résidant en Suisse.

3. Plus de droits pour les artistes: il faudra en outre garantir, à travers la révision demandée, que les artistes interprètes perçoivent sur l'ensemble des recettes de la redevance sur les supports vierges une part équivalente à celle des auteurs. La part des diffuseurs sera ramenée à celle qui leur échoit habituellement dans d'autres pays (soit 5 à 10 pour cent).

Développement

Il serait utile de réexaminer les indemnités relatives aux droits d'auteur en ce qui concerne la redevance sur les supports vierges, notamment sur les points suivants:

1. Le jugement du Tribunal fédéral du 19 juin 2007 (2 A.53/2006; 2 A.338/2006) relatif à la redevance sur les supports vierges a soulevé l'indignation parmi les organisations de protection des consommateurs. Notamment, vu que ces procédures sont laborieuses et qu'elles traînent en longueur, cela a eu pour conséquence un retard considérable dans l'adaptation des indemnités aux évolutions technologiques, et donc des indemnités excessivement élevées. Dans le cas de la décision contestée, trois ans se sont écoulés entre le dépôt de la demande (2004) et son aboutissement (septembre 2007). Entre-temps, l'évolution rapide des techniques a surtout porté sur les cartes mémoire, ce qui fait peser des charges plus lourdes sur les consommateurs. La procédure doit être simplifiée et raccourcie. En tout état de cause, il faut repenser la forme des indemnités en évitant de taxer excessivement les consommateurs, comme c'est le cas aujourd'hui.

2. Une grande partie des indemnités (il faudrait savoir combien exactement) est reversée à l'étranger. Une révision s'impose sur ce plan également, car certains Etats protègent les droits de leurs ressortissants mieux que ceux des étrangers. Il faudrait que les indemnités ne soient versées à des ayants droit que si leur propre Etat applique le principe de la réciprocité. Une correction s'impose ici en faveur des personnes établies en Suisse.

3. Il faudrait garantir aux artistes interprètes une part appropriée sur la redevance. Cela peut se faire en inscrivant dans la loi des pourcentages fixes, comme c'est le cas dans d'autres pays.

Avis du Conseil fédéral du 28.11.2007

La révision législative mise sous toit lors de la session d'automne 2007 visant à adapter la loi sur le droit d'auteur (LDA) à l'évolution technologique portait également sur la redevance sur les supports vierges. On a différencié cette dernière des transactions commerciales électroniques, afin d'éviter que les consommateurs qui achètent des oeuvres par le biais de services Internet ne payent deux fois. Parallèlement, le Tribunal fédéral s'est prononcé, dans son jugement de principe du 19 juin 2007, sur les autres questions soulevées par l'application de la redevance sur les supports vierges aux nouvelles technologies. Dans son arrêt, il a en particulier relevé que les organisations de protection des consommateurs avaient elles aussi la possibilité de prendre part à la procédure de fixation de la redevance. Cette procédure a d'ailleurs été améliorée dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire grâce à la création du Tribunal administratif fédéral, ce qui décharge le Tribunal fédéral. Les conditions juridiques sont donc réunies pour une application équilibrée et conforme au marché de la redevance sur les supports vierges dans le domaine des technologies numériques. Aussi le Conseil fédéral ne voit-il pas la nécessité d'arrêter une réglementation supplémentaire.

Il n'est pas possible de répondre à la deuxième exigence, à savoir obtenir plus de droits pour la Suisse, car notre pays est lié par des accords internationaux qui l'obligent à traiter les ayants droit étrangers comme les ayants droit suisses. Conformément à ce principe du traitement national, le législateur ne peut formuler une réserve se fondant sur un droit de réciprocité que lorsque le droit international le prévoit expressément. Avec la réserve inscrite à l'article 35 alinéa 4 LDA, la Suisse a déjà pleinement exploité cette marge de manoeuvre.

Sous le troisième point, l'auteur de la motion demande que les recettes provenant de la redevance sur les supports vierges soient partagées à part égale entre les auteurs et les artistes interprètes. Cette forme de répartition exigerait une modification de l'article 60 alinéa 2 LDA, lequel prévoit que l'indemnité dans le domaine de la gestion collective des droits s'élève au maximum à 13 pour cent de la recette d'utilisation ou des frais occasionnés par cette utilisation, dont 10 pour cent sont attribués aux droits d'auteur et 3 pour cent aux droits voisins. Si la nécessité d'agir sur ce point existait, le Conseil fédéral estime que les artistes auraient remis en cause cette réglementation, lors de l'adaptation du droit d'auteur qui vient d'être achevée.

Proposition du Conseil fédéral du 28.11.2007

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
25.09.2009	CN	En suspens depuis plus de deux ans; classement.

Conseil prioritaire

Conseil national

Cosignataires (18)

Berberat Didier Dormond Béguelin Marlyse Galladé Chantal Garbani Valérie Heim Bea Hofmann Urs Hubmann Vreni Marti Werner Pedrina Fabio Rechsteiner Rudolf Savary Géraldine Sommaruga Carlo Stöckli Hans Stump Doris

Vermot-Mangold Ruth-Gaby Vischer Daniel Vollmer Peter Widmer Hans

Descripteurs (en allemand): Aide

Urheberrecht Datenträger Speichermedium Entschädigung Konsumentenschutz internationales Übereinkommen Vereinfachung von Verfahren geistiges Eigentum literarisches und künstlerisches Eigentum Künstlerberuf

Indexation complémentaire:
12;2831;

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

07.3734 – Postulat

Droit d'auteur. Sociétés de gestion et amélioration de la transparence

Déposé par	Leutenegger Oberholzer Susanne
Date de dépôt	05.10.2007
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé d'examiner la possibilité de procéder à une révision législative de sorte à rendre plus explicite l'obligation des sociétés de gestion de présenter un rapport, en complétant le chapitre 3 de la loi sur le droit d'auteur, relatif aux obligations de ces sociétés (p. ex. en modifiant l'art. 50). La comptabilité devra être plus explicite, en particulier sur les points suivants:

- coûts d'encaissement des indemnités

- frais de répartition

- facturation des prestations de services aux membres affiliés

- coûts de management, y compris salaires des cadres.

Développement

Les sociétés de gestion sont désormais tenues aux mêmes règles comptables que les entreprises du secteur privé ouvertes au public. On peut se demander qui bénéficie de telles prescriptions. Les affiliés des sociétés de gestion et le grand public ont bien plutôt intérêt à une plus grande transparence comptable sur le chapitre des coûts de management et sur celui des prestations effectivement servies aux affiliés, notamment l'encaissement et la répartition des indemnités. Or les rapports présentés par les sociétés de gestion donnent très peu d'informations sur ces points. Une plus grande transparence bénéficierait aux détenteurs des droits, à ceux qui doivent verser des indemnités et au public. Elle permettrait également de vérifier le caractère économique de la société de gestion. D'ailleurs, l'Union européenne a également engagé des efforts en ce sens.

Avis du Conseil fédéral du 21.11.2007

Comme le futur droit comptable s'appliquera à toutes les formes de sociétés, les sociétés de gestion seront elles aussi tenues de s'y conformer. Il en résultera une plus grande transparence dans ce domaine également, sauf que parmi les cinq sociétés de gestion seules les deux plus grandes sont concernées par le nouveau droit comptable.

Il est par conséquent légitime de vouloir améliorer la transparence des rapports d'activité des sociétés de gestion par le biais de la loi sur le droit d'auteur. Une nouvelle révision de la loi ne s'impose toutefois pas. L'Institut fédéral de la propriété intellectuelle a déjà discuté avec les sociétés de gestion de mesures correspondantes. Il va les transposer dans le cadre de sa surveillance de la gestion et les intégrer dans les nouvelles directives sur l'amélioration des rapports concernant l'exercice écoulé.

Proposition du Conseil fédéral du 21.11.2007
Le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat.

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
25.09.2009	CN	En suspens depuis plus de deux ans; classement.

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (19)
Berberat Didier Daguet André Dormond Béguelin Marlyse Galladé Chantal Garbani Valérie Heim Bea Hofmann Urs Hubmann Vreni Marti Werner Marty Kälin Barbara Pedrina Fabio Rechsteiner Rudolf Savary Géraldine Sommaruga Carlo Stöckli Hans Stump Doris Vischer Daniel Vollmer Peter Widmer Hans

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht Informationsrecht Kostenrechnung Rechnungsabschluss Gemeinkosten Dienstleistungsunternehmen Transparenz

Indexation complémentaire:
12

Compétence
Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary

1. Contexte

Les biens culturels possèdent une double nature. En plus d'être culturels, ces activités, biens et services sont aussi économiques[1], et à ce titre ils font l'objet, à l'instar de tous les biens immatériels, de la protection constitutionnelle de la garantie de la propriété[2]. En principe, les biens immatériels confèrent des droits exclusifs : leur titulaire est la seule personne à pouvoir en disposer et, en cas de violation, à pouvoir saisir la justice pour faire valoir ses droits.

L'émergence du Web a considérablement baissé les coûts liés à la mise en circulation de musique, de films, de littérature et de logiciels, faisant ainsi pratiquement tomber une entrave aux marchés correspondants. La diffusion de ces biens à l'échelle mondiale est le fait de resquilleurs, autrement dit de personnes qui n'ont pas de coûts à amortir vu qu'elles n'ont rien investi dans la production de ces biens. Compte tenu de l'ampleur des violations des droits, une application par la voie judiciaire traditionnelle est impossible. Rien que dans le domaine de la musique, il faudrait en effet nommer quelque 170 procureurs ayant la compétence exclusive pour enquêter sur ces violations[3].

Préoccupé par cette situation, le Conseil des Etats a chargé le Conseil fédéral de rédiger un rapport sur le téléchargement illégal de musique et d'étudier les mesures permettant d'y remédier[4]. Le présent rapport ne se limite toutefois pas au domaine de la musique, mais examine aussi la situation des secteurs du film et des jeux informatiques.

2. Résumé des résultats

Après dépouillement des études existantes et interrogation des milieux concernés, il s'est avéré qu'il était impossible de dégager un bilan clair sur l'impact de la mise en circulation illicite d'œuvres numériques. Alors que certains ayants droit imputent les pertes considérables qu'ils essuient à l'évolution des technologies, d'autres affirment que, dans leur secteur, les ventes sont restées stables depuis des années. Les études existantes ne permettent pas, elles non plus, de tirer des conclusions univoques. Une évidence s'impose toutefois : le marché se trouve à un tournant.

La diffusion illicite d'œuvres sur Internet n'est pas un phénomène national. Aussi les éventuelles mesures permettant de l'endiguer appellent-elles une coordination à l'échelon international. Confrontée à ce défi, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a agi dès 1996 en inscrivant dans le Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WCT)[5] et dans le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)[6], datant du 20 décembre 1996 également, un droit exclusif de mise à disposition et une protection des mesures techniques afin d'empêcher les utilisations illicites. La Suisse a transposé ces obligations dans sa législation en 2008 à la faveur de l'entrée en vigueur de la révision partielle du droit d'auteur. A l'heure actuelle, l'OMPI ne prévoit ni adaptation du niveau de protection, ni mesures visant à simplifier l'application des droits. Elle concentre davantage ses efforts sur les moyens permettant d'éviter que la protection des droits d'auteur n'entrave l'accès à la culture et au savoir ainsi qu'à la création culturelle par la définition de nouvelles restrictions aux droits d'auteur.

Dans le cadre des négociations en vue d'un nouvel accord de lutte contre la contrefaçon et le piratage (ACAC), les délégués d'Australie, du Canada, de la Corée, des Etats-Unis, du Japon, du Maroc, du Mexique, de la Nouvelle-Zélande, de Singapour, de la Suisse et de

---

1 Voir préambule de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, RS **0.440.8**.

2 ATF 126 III 148, consid. 8.a.

3 Entretien téléphonique du 21.7.2011 avec le procureur du canton de Zurich.

4 10.3263 Postulat Savary. La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ?

5 RS **0.231.151**

6 RS **0.231.171.1**

l'Union européenne (UE) ont examiné des mesures contre les violations de droits d'auteur et de droits voisins dans l'environnement numérique. Ces mesures, comme la coupure de la connexion à Internet pour les auteurs d'infractions au droit d'auteur, le durcissement des sanctions ou une obligation de renseigner imposée aux fournisseurs d'accès à Internet, étaient surtout de nature répressive. Aucune majorité n'a pu être cependant ralliée autour d'une mesure de nature législative. Les parties à l'accord ACAC ont finalement donné la préférence à l'autorégulation du marché et sont convenues d'encourager des efforts de coopération dans la sphère économique pour combattre efficacement les violations de droits de marque, de droits d'auteur et de droits voisins. Leur attention s'est portée en particulier sur les fournisseurs d'accès à Internet, car ils semblent être les mieux placés pour contribuer à prévenir les violations de droits d'auteur. Les mesures envisagées allaient de la communication des données d'abonnés aux titulaires de droits à la coupure de l'accès à Internet pour les abonnés auteurs d'infractions, des procédés, donc, qui ne sont guère compatibles avec le droit suisse.

Gagnées par la même crainte que l'OMPI de voir un nouveau renforcement des droits d'auteur avoir, en fin de compte, des effets négatifs sur la société dans son ensemble, les parties à l'accord ACAC ont fini par s'accorder à veiller au respect de la concurrence loyale, de la liberté d'expression, des procédures équitables et de la protection de la sphère privée.

Le Conseil fédéral est par conséquent d'avis que le cadre juridique tracé par le législateur suisse lors de la révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur en 2008 offre pour l'heure une marge de manœuvre suffisante pour parer aux utilisations d'œuvres dans l'environnement numérique. Il serait dès lors prématuré de légiférer. Il importe de donner au marché la possibilité de s'autoréguler afin d'éviter le maintien artificiel de structures dépassées.

3. Résultats dans le détail

3.1 Introduction

Par le passé, l'existence de barrières techniques a contraint uniquement les artistes et les intermédiaires culturels (et non les utilisateurs d'œuvres) à se préoccuper du droit d'auteur. En effet, seules les personnes en possession d'une presse à imprimer ou d'une presse à vinyles, d'une part, et disposant d'un vaste réseau de distribution, d'autre part, pouvaient prétendre agir sur le marché. L'évolution technique a levé une première barrière, celle bloquant l'accès au marché. L'émergence de la photocopieuse, des magnétoscopes et des lecteurs de cassettes a permis à tout un chacun de confectionner des copies de bonne qualité. Puis, la révolution d'Internet a supprimé le second obstacle technique étant donné que la mise en circulation des œuvres ne nécessite plus un réseau de distribution coûteux. Si cette évolution est souhaitable en soi parce que les entraves au marché nuisent à la concurrence, elle pose problème en l'occurrence, et ce pour deux raisons. Les biens immatériels présentent les particularités de biens publics. Contrairement à la protection de la possession inscrite à l'art. 926, al. 1, CC[7], il n'est pas possible de prévenir une utilisation par autrui au moyen de mesures physiques. En outre, la consommation de ces biens ne les fait pas disparaître; ils peuvent être réutilisés à l'infini. Toutes ces particularités les rendent vulnérables aux utilisations abusives par des resquilleurs.

Le fait que les utilisateurs d'œuvres étaient cantonnés dans leur rôle passif de simples consommateurs et n'avaient donc pas vraiment eu à se préoccuper des droits d'auteur jusqu'à présent vient accentuer le problème des utilisations illicites. La possibilité de confectionner des copies pour l'usage privé a certes entraîné de nombreuses violations de droits d'auteur, mais l'inscription à l'art. 19 de la loi sur le droit d'auteur (LDA)[8] de la restriction en faveur de l'usage à des fins privées a permis de sortir les utilisateurs de l'illégalité. La révolution d'Internet a de nouveau changé la donne. Les utilisateurs d'œuvres sont devenus, à leur insu

[7] RS **210**

[8] RS **231.1**

ou par insouciance, des resquilleurs et ont induit une distorsion du marché. En réponse, les ayants droit ont décidé de défendre leurs intérêts légitimes ou prétendument légitimes pour certains, ce qui a été perçu par les utilisateurs, peu familiers des droits d'auteur, comme une restriction injustifiée.

Pour parer aux problèmes posés par le perfectionnement des possibilités de confectionner des copies et de les mettre en circulation, le législateur suisse a arrêté la réglementation suivante : la loi autorise l'utilisation d'œuvres à des fins privées mais a défini en contrepartie un droit à rémunération. Cette règle permet non seulement aux consommateurs de ne plus agir dans l'illégalité, mais protège aussi les intérêts patrimoniaux des ayants droit. Parallèlement, la loi vise à dissuader les consommateurs d'agir en resquilleurs et de causer ainsi des dommages considérables en faisant circuler des œuvres. Elle prévoit des amendes et le versement de dommages-intérêts.

3.2 Défaillance du marché des biens immatériels

Le marché des biens immatériels, au nombre desquels on compte non seulement des biens culturels comme la musique, les livres ou les films, mais aussi les jeux informatiques et les logiciels, est très souvent défaillant, comme nous l'avons démontré à la section 3.1. Or, comme la production et le commerce de ces biens présentent un intérêt macroéconomique, l'Etat a pour mission de remédier, dans la mesure du possible, à cette défaillance[9]. Si, dans de telles situations, les interventions étatiques sont susceptibles de générer des avantages macroéconomiques, elles s'accompagnent également d'effets secondaires comme des coûts supplémentaires pour l'économie dans son ensemble qu'on désigne par le terme de pertes de prospérité. Aussi longtemps que les avantages macroéconomiques l'emportent sur les coûts générés par l'intervention étatique, cette dernière est justifiée du point de vue économique. Loin d'être rigide, le calcul coûts-avantages peut tenir compte d'une nouvelle réalité. C'est pourquoi le Conseil des Etats s'est prononcé en faveur d'un examen de la solution adoptée par le législateur.

3.3 Aperçu de la littérature

Il existe de nombreuses études récentes sur la problématique de la violation des droits d'auteur résultant du partage de fichiers sur des sites en ligne ou en *peer-to-peer*. La plupart d'entre elles traitent du téléchargement de fichiers musicaux. Elles aboutissent toutefois à des conclusions très diverses en fonction des données à disposition ainsi que des hypothèses et méthodes d'analyse. Dans le cadre d'une analyse de 22 publications traitant de l'utilisation de bourses d'échange de musique, Tschmuck 2010[10], par exemple, constate qu'il ressort de quatorze d'entre elles que le partage illicite de fichiers a une incidence sur le chiffre d'affaires généré par la vente de musique. Cinq études relèvent un impact positif et trois concluent que cette forme d'utilisation n'a pas d'effet significatif sur les ventes de musique. Handke 2010[11] parvient à des conclusions similaires dans son rapport rédigé à l'intention de l'office anglais des marques et des brevets. Les deux études les plus citées sont celle d'Oberholzer-Gee & Strumpf 2007[12] et celle de Liebowitz 2006[13]. Elles arrivent elles aussi à des conclusions très divergentes. S'agissant du partage illicite de films par le biais de sites

---

9 Concernant la théorie économique, voir p. ex. Landes, William M. & Posner, Richard H. (2003) : The Economic Structure of Intellectual Property Law. Cambridge : Harvard University Press; ou Lévêque, François & Ménière, Yann (2004) : The Economics of Patents and Copyright. Berkeley : Berkeley Electronic Press.

10 Tschmuck, Peter (2010) : The Economics of Music File Sharing – A Literature Overview. Mimeo, Wien : Institute of Culture Management and Culture Sciences, University of Music and Performing Arts.

11 Handke, Christian (2010) : The Economics of Copyright and Digitisation : A Report on the Literature and the Need for Further Research. London : Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP).

12 Oberholzer-Gee, Felix & Strumpf, Koleman (2007) : « The Effect of File Sharing on Record Sales : An Empirical Analysis ». Journal of Political Economy, vol. 115, no 1 (2007), pp. 1 à 42.

13 Liebowitz, Stan (2006) : « File Sharing : Creative Destruction or Just Plain Destruction ». Journal of Law and Economics, vol. XLIX, pp. 1 à 28.

en ligne, il convient de mentionner l'étude de Bounie, Bourreau et Waelbroeck[14] datant de 2006. Il existe enfin une étude plus généralesur les utilisations illicites de sites de partage de musique, de films et de jeux informatiques qui a été commandée par trois ministères néerlandais en 2009[15].

En plus de ces études théoriques et économétriques, qui reposent toutes sur des hypothèses de modélisation très spécifiques, il existe diverses enquêtes (pour la plupart mandatées par des associations de défense d'intérêts) qui mettent en lumière les attitudes des internautes qui utilisent des contenus numériques et la manière dont ils se procurent ces contenus. Citons l'étude Brenner[16] de la *Bundesverband Musikindustrie* (la fédération allemande de l'industrie de la musique), réalisée pour la dernière fois en 2010, et l'enquête de la *Swedish Performing Rights Society* (la société suédoise pour les droits voisins) de l'année 2009[17].

3.4 Situation en Suisse (état des données) et démarche

Grâce à la statistique des douanes, nous disposons en Suisse d'un bon état des données sur l'ampleur et la nature de l'importation de produits piratés sur une période prolongée. Il n'existe par contre pas de statistiques officielles concernant les actes de piratage sur Internet. Les études mentionnées au point 3.3 ne contiennent aucune donnée ou indication sur la situation en Suisse. C'est pourquoi l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) a demandé aux secteurs concernés de mettre à sa disposition les informations suivantes : chiffres d'affaires, comportements des utilisateurs et utilisations d'offres illégales sur Internet. Très intéressées par cette enquête, les branches en question ont été nombreuses à nous communiquer les chiffres relatifs à leurs offres en ligne et à leurs distribution de copies physiques. S'agissant des utilisations illégales d'œuvres sur Internet, aucun chiffre sur la situation en Suisse n'était toutefois disponibleLes milieux interrogés ont cependant cité à maintes reprises les enquêtes existantes, en particulier européennes, en précisant que la situation en Suisse était comparable.

L'étude européenne qui permet le mieux de brosser un tableau de la situation helvétique est l'étude néerlandaise mentionnée plus haut. Couvrant des domaines identiques à ceux faisant l'objet du présent rapport, elle a été mandatée par un service indépendant[18] et réalisée dans un pays dont les institutions, la structure démographique et l'infrastructure technique sont semblables à celles de Suisse. Comme le montreront les deux prochaines sections, la similarité des cadres juridiques applicables, de l'infrastructure technique et d'autres paramètres entre les deux pays laisse supposer qu'une étude indépendante conduite en Suisse aboutirait aux mêmes résultats. Il paraît dès lors inopportun de consentir à des dépenses inutiles liées à la conduite d'une telle étude en Suisse.

4. Ampleur de l'utilisation d'offres illégales en Suisse

4.1 Transférabilité des résultats de l'étude néerlandaise

Le cadre juridique néerlandais régissant l'utilisation d'offres illégales ne diffère pas du cadre juridique suisse. Aux Pays-Bas comme en Suisse, ces utilisations tombent sous le coup

---

14 Bounie, David; Bourreau, Marc; Waelbroeck, Patrick (2006) : Piracy and Demands for Films : Analysis of Piracy Behavior in French Universities. Working Papers in Economics and Social Sciences 06-12.

15 Huygen, Annelies et al. (2009) : Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games. TNO Rapport on behalf of the Dutch ministries of Economic Affairs, Justice and Education, Culture and Science.

16 Bundesverband Musikindustrie (2010) : Brennerstudie 2010. Berlin : Bundesverband Musikindustrie.

17 STIM (2009) : Pirates, file-sharers and music users. A survey of the conditions for new music services on the Internet. Stockholm : Swedish Performing Rights Society.

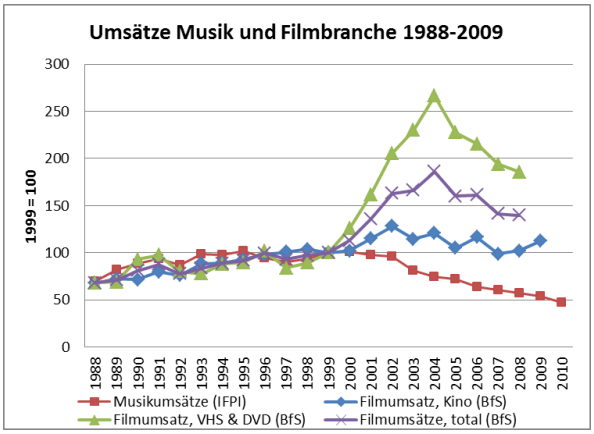
18 L'étude a été réalisée à la demande de trois ministères, celui de la Formation, de la Culture et de la Science, celui de l'Economie et celui de la Justice.

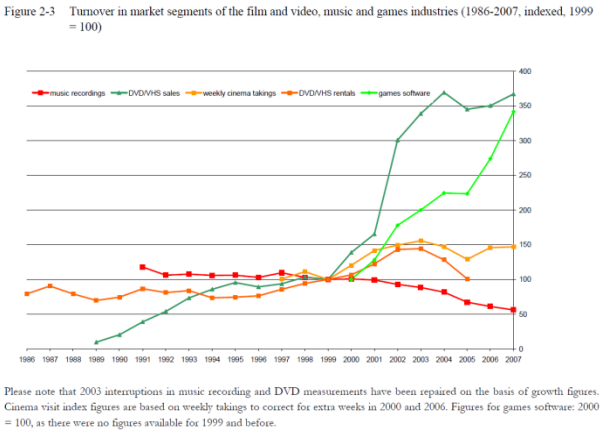
d'une restriction aux droits d'auteur comparable, qui autorise le téléchargement d'œuvres pour l'usage privé indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une offre légale ou illégale. Dans les deux pays, le champ d'application de cette restriction aux droits d'auteur ne s'étend pas aux logiciels. Comme en Suisse, la mise à disposition d'œuvres sur Internet aux Pays-Bas présuppose l'accord de l'ayant droit. Le cadre juridique ne conduit donc pas à un comportement différent chez les utilisateurs néerlandais et suisses.

La structure démographique et l'infrastructure technique des deux pays se ressemblent également. On n'observe pas de différences marquantes dans les pyramides des âges des Pays-Bas et de la Suisse. En l'an 2000, les hommes de 15 à 25 ans, autrement dit le groupe de la population comptant le plus d'internautes, représentaient 12,0 % de la population totale en Suisse et 12,2 % aux Pays-Bas. On ne relève pas de différences significatives pour les autres tranches d'âges non plus[19].

Au moment de l'enquête, l'infrastructure technique des deux pays permettant d'accéder à Internet était elle aussi comparable. Alors qu'en 2008, 86,1 % des ménages néerlandais disposaient d'un accès Internet, ce pourcentage était de 77 % en Suisse[20]. Le nombre des accès fixes à large bande en Suisse est passé de 32,7 à 37,1 pour 100 habitants entre juin 2008 et juin 2010 alors que les Pays-Bas comptaient 35,7 accès par 100 habitants en juin 2008 et 37,8 deux ans plus tard[21]. Dans les deux pays, le prix mensuel d'un accès Internet haut débit (corrigé du pouvoir d'achat) est presque identique, à savoir 42,03 dollars (américains) aux Pays-Bas contre 41,64 dollars en Suisse[22]. Le revenu moyen par habitant est proche également : 42 738 dollars (corrigé du pouvoir d'achat, 2008) en Suisse et 41 063 dollars (corrigé du pouvoir d'achat, 2008) aux Pays-Bas[23].

L'évolution du chiffre d'affaires pour les biens examinés, c'est-à-dire la musique, les films et les jeux informatiques, est un indicateur essentiel permettant de juger de la transférabilité de l'étude néerlandaise. Les graphiques ci-dessous présentent les chiffres pour la Suisse (à gauche) et les Pays-Bas (à droite) :





Sources : IFPI, BfS, Huygen et al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 28.

Dans les deux graphiques, les données sont indexées (1999 = 100). Bien que les méthodes de relevé diffèrent et que les séries de données pour les ventes de jeux informatiques en

---

19 Voir OCDE Démographie et population (http://www.oecd.org/dataoecd/52/31/38123085.xls, dernière consultation le 14.07.2011).

20 Voir OCDE 2008 : Indicateurs TIC (http://www.oecd.org/sti/ICTindicators, dernière consultation le 14.07.2011).

21 Voir OCDE 2008 : Indicateurs TIC (http://www.oecd.org/sti/ICTindicators, dernière consultation le 14.07.2011).

22 Voir la statistique de l'OCDE sur les abonnés au haut débit; données du mois d'octobre 2009 (http://www.oecd.org/sti/ICTindicators, dernière consultation le 14.07.2011).

23 Voir les statistiques de l'OCDE (http://stats.oecd.org/Index.aspx, dernière consultation le 14.07.2011).

Suisse soient insuffisantes[24], il ressort des graphiques que les deux pays sont confrontés à des problèmes similaires. Aussi bien en Suisse qu'aux Pays-Bas, les ventes de musique ont pratiquement fondu de moitié entre 1999 et 2007[25]. Dans le domaine du film, les recettes générées par les entrées de cinéma sont restées relativement stables dans les deux pays. Le chiffre d'affaires généré par les ventes de vidéos et de DVD ne sont que partiellement comparables étant donné qu'en Suisse on ne fait pas la distinction, au niveau des chiffres, entre vente et location. De manière générale, le comportement des consommateurs dans les deux pays semble avoir des conséquences analogues sur le chiffre d'affaires réalisé par le secteur du divertissement. Si l'on considère ces chiffres ainsi que les conditions techniques et démographiques, la transférabilité des résultats de l'étude néerlandaise sur la situation en Suisse paraît dès lors légitime.

4.2 Utilisations illicites de sites de partage et comportement des utilisateurs

Dans le cadre de l'étude néerlandaise, une vaste enquête[26] a été conduite sur le comportement des internautes ainsi que sur leurs motivations et leurs connaissances de l'illégalité de l'utilisation des sites de partage. En voici les résultats : 44 % des internautes interrogés avaient téléchargé de la musique, des films ou des jeux au cours des douze mois précédant l'enquête. Pendant la même période, 84 % ont acheté de la musique, des films ou des jeux[27]. Une extrapolation de ces résultats sur la population suisse pendant une période de 15 ans conduit aux résultats suivants, exprimés en chiffres absolus : 2,61 millions de téléchargeurs[28] et 4,99 millions d'acheteurs[29]. Près d'un tiers des Suisses de plus de 15 ans a dès lors téléchargé gratuitement de la musique, des films et/ou des jeux.

L'utilisation de sites de partage en ligne n'est pas un phénomène uniquement juvénile. S'il est vrai que chez les 15 à 24 ans ils sont deux tiers à utiliser de tels sites[30], on relève encore un petit tiers chez les 50 à 64 ans et un sixième chez les plus de 65 ans.

Parmi les internautes faisant usage de sites de partage, 55 % des téléchargeurs de films, 53 % des téléchargeurs de jeux et 33 % des téléchargeurs de musique estimaient posséder des connaissances d'Internet supérieures à la moyenne. Or, à la question de savoir quelle méthode de téléchargement ils avaient utilisée, un grand nombre des internautes interrogés[31] a répondu qu'ils n'en avaient aucune idée. Près des deux tiers des internautes se rendant sur des sites de partage ont indiqué se cantonner au téléchargement de fichiers. On peut toutefois supposer qu'un bon nombre d'entre eux n'a pas conscience du fait qu'en utili-

---

24 Il existe des données pour les années 2008 à 2010, mais selon les indications de l'association *Swiss Interactive Entertainment Association (SIEA)* et de Media-Control, qui font les relevés, elles ne constituent pas une série chronologique complète en raison des fluctuations du nombre des membres de l'association et de la limitation des relevés aux jeux électroniques pour consoles et PC (i.e. sans les jeux en ligne, p. ex. sur les smartphones).

25 Selon la statistique de l'IFPI, le chiffre d'affaires de la branche musicale en Suisse se montait à 147 millions de francs environ en 2010. En 1985, il était encore plus bas et ne se chiffrait qu'à 123 millions de francs. C'est en 1995 qu'il a atteint son niveau le plus élevé : 317 millions de francs.

26 1500 Néerlandais de plus de 15 ans disposant d'une connexion à Internet ont été interrogés dans le cadre de cette enquête. Pratiquement tous ont répondu aux questions relatives à la musique et aux films et une petite moitié seulement aux questions portant sur les jeux informatiques. Les résultats de l'étude sont néanmoins représentatifs puisqu'ils tiennent compte de ces distorsions (voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 61 s.)

27 Voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 63, tableau 4-1.

28 Dont 2,37 millions de téléchargeurs de musique, 0,77 million de téléchargeurs de films et 0,53 million de téléchargeurs de jeux.

29 Dont 4,16 millions de personnes qui ont acheté de la musique, 3,21 millions des films (sans compter les entrées de cinéma) et 1,66 million des jeux.

30 Les téléchargements se répartissent comme suit : musique 62 %, films 22 % et jeux 21 %.

31 48 % des téléchargeurs de fichiers musicaux, 34 % des téléchargeurs de films et 74 % des téléchargeurs de jeux.

sant des réseaux *peer-to-peer* ils mettent en général aussi à disposition des œuvres sur le Web. Ils ne sont pas plus de 5 % à avoir indiqué qu'ils savaient pertinemment qu'ils mettaient également en circulation des contenus sur la Toile. Il s'est par ailleurs avéré que, tant parmi les utilisateurs de sites de partage que parmi les non-utilisateurs, la majorité ne savait pas ce qui est légal ou non.

S'agissant du rapport entre utilisations d'œuvres sur des sites de partage illégaux et utilisations d'offres légales comme l'achat ou la location de copies, il est possible de distinguer entre trois cas de figure : téléchargement illégal de fichiers comme activité complémentaire, comme alternative ou à des fins d'information. Dans le premier cas, le comportement de l'internaute résulte vraisemblablement d'un manque de pouvoir d'achat puisqu'une nette majorité[32] des personnes répond à la question de savoir si elles achèteraient plus ou moins de musique, de films et de jeux s'il n'existait pas de sites de partage par « autant ». Elles sont plus nombreuses à indiquer qu'elles achèteraient plutôt moins de musique et de DVD et plutôt plus de billets de cinéma et de jeux si les possibilités de téléchargement n'existaient pas. On peut en déduire que les sites de partage n'induisent des pertes de revenus directes qu'à la branche cinématographique et aux fabricants de jeux.

Finalement, l'effet « sampling » semble bel et bien exister et ne pas être une pure assertion justificative. En effet, 63 % des utilisateurs de sites de partage achètent au moins une fois par année de la musique qu'ils ont téléchargée. L'étude révèle que le comportement d'achat de ces utilisateurs ne se différencie que très peu de celui d'autres personnes; en ce qui concerne les films et les jeux, ils consomment même plus d'offres légales que les non-adeptes du téléchargement. Cette observation est encore plus valable s'agissant des internautes les plus actifs, à savoir les 15 à 24 ans[33].

Dans son *Schweizer Entertainment und Media Outlook*[34], paru pour la première fois en 2010, Price Waterhouse Coopers (PWC) subdivise le marché suisse du divertissement et des médias en onze secteurs, qui ont généré en 2009 un chiffre d'affaires de 10,7 milliards de francs suisses au total. La musique et les supports audio représentent un de ces secteurs, les jeux vidéo un deuxième et le divertissement cinématographique un troisième[35]. Ces trois secteurs dégagent ensemble 1,23 milliard de francs suisses, soit 11,5 % du chiffre d'affaires total[36], ce qui correspond à environ 0,23 % du produit intérieur brut de la Suisse[37]. Malgré l'existence de sites de partage, ce chiffre d'affaires est resté plus ou moins stable ces dernières années. Dans une société dans laquelle les revenus et la part dévolue aux loisirs sont en hausse, la demande pour des produits de divertissement a aussi tendance à augmenter. Or, comme il semble que le pourcentage du revenu disponible affecté aux dépenses dans ce secteur ne varie guère, les dépenses pour les produits de divertissement devraient être de l'ordre de la croissance du PIB. On observe toutefois des transferts au sein de ce budget. Les utilisateurs de sites de partage continuent d'investir les économies réalisées dans les divertissements.

---

32 Entre 54 % (musique) et 71 % (jeux informatiques) des personnes indiquent qu'elles achèteraient autant de musique et de jeux informatiques s'il n'était plus possible de télécharger ces contenus. Voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 76.

33 Ainsi, 68 % des personnes qui partagent des fichiers musicaux achètent aussi des titres de musique alors que ce pourcentage est de 72 % pour les non-adeptes du partage de fichiers. En ce qui concerne les films, on dénombre même plus d'acheteurs chez les adeptes du partage de fichiers (61 %) que chez les non-adeptes (57 %), voir Huygen et al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 64 s.

34 PWC (2010) : Where Your Revenues Come From in 2014. Swiss Entertainment and Media Outlook 2010-2014. Zurich : PricewaterhouseCoopers Ltd.

35 Les huit autres secteurs sont la radio, la publicité sur Internet réseaux fixe et mobile, la publicité à la télévision, la publicité « out of home », les revues à grande diffusion, les abonnements TV et taxes de télévision, l'accès à Internet par les réseaux fixe et mobile et les journaux.

36 Qui se répartissent comme suit : musique et supports audio 2,8 %, jeux vidéo 3,8 % et films 4,9 %.

37 La valeur ajoutée produite en Suisse ne représente cependant qu'une petite partie de ce chiffre d'affaires, comme nous le montrerons ci-après. La part réelle au PIB suisse est par conséquent nettement plus modeste.

Comme le montre l'étude néerlandaise, cette observation vaut particulièrement pour les plus gros téléchargeurs de copies illicites. Ils consomment certes à moindre frais de la musique téléchargée sur Internet, mais investissent les économies réalisées dans des concerts et des produits de merchandising[38]. La commercialisation de films présente une évolution similaire. Après avoir connu un véritable boom à la fin des années 90, les ventes de vidéos et de DVD sont en recul ces dernières années, alors que les salles de cinéma affichent un chiffre d'affaires constant, voire en légère progression[39]. Les résultats de l'étude néerlandaise semblent indiquer que les ventes de jeux informatiques ont connu une forte progression malgré l'existence des sites de partage.

Les transferts au sein du budget sont toutefois limités. Ni le marché de la musique ni le secteur cinématographique ne se sont effondrés en raison des utilisations « gratuites » sur Internet. Une explication se trouve peut-être dans la meilleure qualité des supports de données physiques par rapport à celle des copies téléchargées sur le Web, ce qui vaut particulièrement pour les films. Une autre raison importante réside dans le fait que tous les consommateurs ne savent pas forcément comment se procurer des fichiers sur la Toile. Il existe en outre des genres musicaux que les internautes écoutent moins et qui sont donc généralement moins téléchargés[40]. L'effet « découverte » mentionné plus haut joue également un rôle. Une partie des utilisateurs de sites de partage se décident sciemment pour un achat après un téléchargement[41]. Enfin, des aspects de sécurité entrent vraisemblablement également en ligne de compte. En effet, en se connectant à un site de partage, l'internaute télécharge sur son ordinateur, qu'il utilise peut-être aussi pour ses transactions bancaires en ligne, un fichier sur la base de son seul nom, sans connaître ni le contenu ni la personne que l'a mis à disposition. Il s'expose donc à d'énormes risques en termes de sécurité informatique. Il court le danger de télécharger, en plus du fichier convoité, des logiciels malveillants (chevaux de Troie, logiciels espions, etc.). Il existe dès lors de bonnes raisons d'opter pour des offres légales malgré la possibilité des téléchargements « gratuits ».

Pour l'examen de l'impact sur l'économie nationale, ce n'est pas tant le chiffre d'affaires de la branche qui est pertinent, mais la valeur ajoutée produite par cette dernière en Suisse. Selon le rapport *Recording Industry in Numbers* de la Fédération internationale du disque (IFPI), en 2007, la vente de musique suisse[42] ne représente que 9 % du chiffre d'affaires total de ses membres et les entrées de cinéma pour voir des films suisses que 5,4 %[43]. En ce qui concerne les jeux informatiques, pour lesquels il n'existe aucune donnée détaillée, la part étrangère est vraisemblablement encore plus élevée. Ces chiffres montrent que le recul de la va-

---

38 Voir p. ex. *The Economist* du 09.10.2010 : « What's working in music. Having a ball. In the supposedly benighted music business, a lot of things are making money » ou les recettes croissantes de la Suisa provenant des concerts (rapport annuel 2010, p. 40).

39 Voir la statistique du cinéma et du film de l'Office fédéral de la statistique.

40 Voir PWC 2010, p. 26 : « Les genres musicaux ne sont pas égaux devant le piratage. Jusqu'à présent, les musiques du monde, la musique folklorique suisse et la musique classique étaient moins concernées. Les auditeurs de ces genres musicaux sont en général un peu plus âgés et préfèrent acheter des copies physiques. » *(NDT : traduction libre)*

41 Voir enquêtes sur la disposition à payer pour de la musique et des films, p. ex. Huygen et. al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 75 ss.

42 Voir IFPI (2007) : Recording Industry in Numbers, p. 40. 83 % des productions (mesurées en pour cent de la valeur des ventes) proviennent de l'étranger; la musique classique, pour laquelle on n'opère pas de distinction en fonction de la provenance, représente 8 %. Le rapport entre productions nationales et productions internationales est relativement stable. Voir IFPI (2006) : Recording Industry in Numbers, p. 64. Le transfert de fonds entre la Suisa et des sociétés de gestion étrangères corrobore ce constat : près de 34 % de la somme de répartition à disposition en 2009 ont été transférés à des sociétés sœurs à l'étranger, alors que les fonds en provenance de l'étranger ne représentaient que 10 % environ des recettes totales de la Suisa.

43 Voir la statistique du cinéma et du film de l'Office fédéral de la statistique (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/02/01/data.Document.69676.xls, dernière consultation le 14.07.2011). Les films américains (Etats-Unis) dominent le marché avec plus de 70 %; ils sont suivis par les films de l'UE avec 21 %.

leur ajoutée produite en Suisse est nettement moins important pour les trois biens culturels examinés dans le cadre du présent rapport que le déclin du chiffre d'affaires[44]. Il est probable que cette tendance s'accentue à l'avenir étant donné que dans la distribution numérique de contenus en particulier, la part de la valeur ajoutée locale se réduit à la publication et à l'encaissement.

5. Actions envisageables

Sous l'effet de l'ampleur incontestée de la mise en circulation d'œuvres protégées sur la Toile, différentes actions législatives destinées à enrayer le phénomène sont préconisées, même s'il n'est pas possible d'établir avec certitude l'impact négatif des utilisations illicites d'œuvres sur Internet sur l'ensemble de l'économie. Dans un premier temps, l'attention s'est avant tout portée sur la défense individuelle des droits exclusifs contre les auteurs d'infractions. Le nombre de ces derniers étant tellement élevé, il est cependant tout simplement impossible d'agir contre chacun d'entre eux dans la perspective d'une défense efficace des droits exclusifs[45]. Il existe en outre des réserves liées à la protection des données (voir ATF 136 II 508 « Logistep »). C'est pourquoi le législateur a renoncé explicitement, lors de la révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur le 1er juillet 2008, à interdire l'utilisation d'offres illégales; autrement dit, cette utilisation tombe sous le coup de l'art. 19 LDA qui régit la restriction aux droits d'auteur en faveur de l'usage privé. Il ne semble dès lors pas indiqué de revenir sur la décision du législateur pour remédier au problème.

L'idée d'avertir les auteurs d'infractions et de couper l'accès à Internet en cas de récidive (loi Hadopi) soulève des réserves de même ordre. Bien que la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi), laquelle est chargée de l'application de cette mesure en France, se prévale de quelques succès[46], il est impossible d'évaluer à l'heure actuelle l'impact de ces avertissements à long terme. D'un point de vue objectif, les effets de ce levier d'action semblent plutôt limités[47].

La réponse graduée, connue également sous l'expression anglaise « three strikes and you're out » (mécanisme de désincitation en trois étapes) nécessite la mise en place d'un lourd appareil administratif. Les coûts annuels de fonctionnement de l'Hadopi s'élèvent à 12 millions d'euros selon le budget 2011 du ministère français de la Culture et de la Communication. Enfin, il existe des doutes quant à la compatibilité de la solution française avec certains engagements internationaux de la Suisse. Il ressort d'un rapport à l'attention du Conseil des droits de l'homme de l'ONU[48] que le verrouillage d'Internet est considéré comme une violation de l'art. 19, al. 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[49].

Récemment, le débat sur les mesures répressives a surtout porté sur le rôle des fournisseurs d'accès à Internet, qui occupent de par leur activité une place de choix pour exercer un contrôle sur l'accès à la Toile. Leur rôle dans la lutte contre le piratage a aussi été au centre

---

44 A défaut de données, il n'est pas possible de fournir des indications plus précises sur la valeur ajoutée produite en Suisse. Selon l'Office fédéral de la statistique, il existe des chiffres relativement détaillés pour la branche du cinéma, mais il manque des données spécifiques pour les autres branches faisant partie du secteur du divertissement. Dans la statistique de la valeur ajoutée avec la classification NOGA de 2002, la valeur ajoutée apparaît notamment dans la rubrique « Représentation d'intérêts, activités culturelles, sportives et récréatives » (91 et 92) et dans la rubrique « Edition, impression, reproduction d'enregistrements sonores, vidéo et informatiques » (22).

45 Staatsanwälte verweigern Ermittlung *(NDT : enquête refusée par le parquet)*, Focus Online du 28.03.2008.

46 L'Hadopi a envoyé 400 000 avertissements, Le Figaro.fr du 06.06.2011.

47 Voir les enquêtes conduites par David Touve, présentée au CISAC World Copyright Summit 2011, http://www.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do?idDoc=21910 (dernière consultation le 14.07.2011).

48 http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (dernière consultation le 04.07.2011).

49 RS **0.103.2**

des négociations en vue de l'accord ACAC que la Suisse a menées avec l'Australie, le Canada, la Corée, les Etats-Unis, le Japon, le Maroc, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, Singapour et l'UE. Or il s'est avéré que même entre Etats partageant les mêmes valeurs et poursuivant les mêmes buts, il était impossible de trouver un consensus allant au-delà d'un simple engagement à encourager la collaboration entre fournisseurs d'accès à Internet et titulaires de droits. Cet engagement est de surcroît assorti d'un rappel de la nécessité de protéger la concurrence loyale ainsi que les principes fondamentaux comme le droit à la liberté d'expression, à des procédures équitables et au respect de la sphère privée. Ce résultat révèle l'embarras des parties aux négociations par rapport à une approche répressive. Le verrouillage d'Internet par un fournisseur d'accès suscite des réserves comparables à celles formulées à l'égard de la réponse graduée. Ces mesures ne sont guère compatibles avec le droit à la liberté d'expression, et le fait que ce verrouillage ne soit pas ordonné par un tribunal, mais qu'il émane d'une entreprise privée le rend encore plus problématique. On évoque l'emploi de technologies de filtres en guise d'alternative, mais elles se heurtent également à des réticences liées à la protection des données. On craint, de surcroît, qu'elles ralentissent sérieusement la vitesse de connexion à Internet. Pour l'heure, cette approche ne semble donc pas non plus très prometteuse d'un point de vue pratique.

En réalité, il est légitime de s'interroger sur la pertinence des mesures répressives en vue d'endiguer les violations de droits d'auteur. L'effet préventif d'une norme légale et sa capacité à guider l'action humaine dépendent hautement de la probabilité de découvrir et de sanctionner non seulement l'infraction, mais aussi son auteur. Eu égard à l'ampleur de la violation des droits et compte tenu de la modestie des moyens dont disposent les autorités de poursuites pénales, l'action répressive aura tôt fait d'atteindre ses limites. L'influence des valeurs morales, religieuses, politiques ou sociales généralement reconnues dans une société et la pression sociale sont plus fortes que les incitations émanant du droit, qui est le plus souvent mal connu et qui reste très abstrait. Les personnes se modèlent sur leurs pairs et agissent selon les règles qui régissent leur vie quotidienne. Cette constatation fait surgir un obstacle supplémentaire : aujourd'hui, les droits d'auteur sont à ce point perçus comme une barrière entravant l'accès à la culture et leur légitimité est tellement remise en question que le parti des pirates est allé jusqu'à inscrire la libération de la culture des droits d'auteur dans son programme[50].

Alors que de larges pans de la société s'obstinent dans la voie répressive malgré ses maigres chances de succès, d'aucuns préconisent une approche permissive. Lorsque les photocopieuses et les magnétophones ont fait sauter les barrières empêchant les reproductions privées, le législateur a prévu une licence légale très étendue pour faire en sorte que les utilisateurs n'agissent plus dans l'illégalité[51]. En contrepartie, il a veillé à ce que les intérêts des ayants droit soient pris en compte en assortissant la restriction du droit d'auteur d'une obligation de verser une redevance pour les photocopies et sur les supports vierges. En optant pour une réglementation techniquement neutre, le législateur suisse a déjà fait en sorte que les internautes suisses qui utilisent à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées des œuvres mises en circulation illicitement sur Internet n'agissent pas dans l'illégalité. En outre, si cette utilisation conduit à une reproduction sur un support vierge, l'ayant droit se verra verser une indemnisation.

Mais Internet a aussi fait tomber les barrières qui empêchaient la mise en circulation d'œuvres. Il convient dès lors de se poser la question de savoir s'il ne serait pas judicieux de s'inspirer de la réglementation régissant la photocopie et de prévoir une licence légale pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet à des fins non commerciales tout en l'assortissant d'un droit à rémunération qui prendrait la forme d'un forfait (*flatrate*). Cette solution présenterait le double avantage de sortir surtout les enfants et les jeunes de l'illégalité et d'indemniser aussi des utilisations comme la lecture en continu (*streaming*), qui, en vertu du droit actuel et en l'absence d'une reproduction sur un support vierge, ne donne droit à aucune rémunération. Le forfait ne fait toutefois pas non plus l'unanimité. D'une part, il n'est pas certain que le

---

50 http://www.partipirate.ch/programme_du_parti (dernière consultation le 04.07.2011).

51 FF 1989 III 522

public accueille favorablement une telle solution. En effet, la motion « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit »[52] et la pétition « Stop aux taxes SUISA sur les supports vierges »[53] montrent que la population juge ces systèmes quelque peu injustes. Leur mode de compensation, en effet, n'est équitable que globalement parlant et pas nécessairement dans un cas d'espèce. D'autre part, il faudrait s'assurer de la compatibilité d'une telle licence légale avec les engagements internationaux de la Suisse. Le droit de mettre à disposition des œuvres sur Internet est un droit exclusif aux termes des traités Internet de l'OMPI – le WCT et le WPPT – qui autorisent certes des restrictions et des exceptions, mais uniquement à condition qu'elles se limitent à des cas spéciaux qui n'entravent pas une exploitation normale de l'œuvre. Autoriser de manière générale la diffusion d'œuvres à des fins non commerciales équivaudrait à substituer une licence légale à un droit exclusif et dépasserait les limites de ce qui peut être considéré comme un cas spécial. A cet égard, il convient de rappeler que les ayants droit peuvent convenir de leur plein gré de modèles similaires en faisant usage de leur liberté contractuelle; il n'y a donc pas lieu pour le législateur d'agir. Il serait par exemple envisageable que les grandes sociétés de médias et les sociétés de gestion passent des accords portant sur une autorisation étendue assortie d'un forfait avec les fournisseurs d'accès à Internet en vue d'autoriser une utilisation de leurs répertoires par les abonnés de ces derniers.

6. Conclusions

En premier lieu, force est de constater que l'évolution technique, autrement dit l'augmentation de la bande passante et la densité des connexions à Internet, en particulier des connexions mobiles, va aller en s'accélérant. Ensuite, le nombre des *digital natives*, c'est-à-dire la génération des internautes qui ont toujours connu Internet, va aussi se multiplier. Une numérisation croissante du marché des biens de divertissement semble dès lors probable. On est en outre en droit de supposer que les économies induites par l'utilisation d'offres illégales continueront d'être dépensées dans le secteur du divertissement, de sorte que les dommages subis par la branche dans son ensemble devraient être limités.

S'agissant de la mise à disposition de nouveaux contenus numériques, il faut relever que l'évolution des conditions techniques modifie les incitations à produire de nouvelles œuvres. Lorsque la reproduction et la mise en circulation d'un nouveau produit sont possibles pratiquement sans frais et que le producteur de ce bien ne voit pas comment amortir ses investissements ni comment dégager des gains, soit il cessera de produire ce bien, soit il essaiera, à l'aide de biens complémentaires moins aisés à copier (merchandising), de compenser le manque à gagner. Ces changements structurels et les adaptations qu'ils appellent sont toutefois caractéristiques de périodes dans lesquels une nouvelle technologie se substitue à une ancienne à la faveur du progrès technique.

Un ayant droit interrogé dans le cadre de l'enquête de l'IPI mentionnée au début du présent rapport a déclaré très justement que le problème n'était pas nouveau, mais qu'il était déjà apparu dans les années 70 dans le domaine du livre. Selon lui, à chaque fois qu'une nouvelle technologie a émergé sur le marché, qu'il s'agisse de la photocopieuse Xerox, du magnétoscope, du téléphone cellulaire ou d'Internet, elle a toujours été l'objet d'utilisations abusives. Ce serait le prix du progrès. Les gagnants seront ceux qui sauront tirer profit, notamment sur le plan commercial, des avantages de cette nouvelle technologie, les perdants ceux qui auront raté ce virage technologique et qui s'obstineront dans des modèles d'affaires dépassés. Les pronostics, du moins pour la Suisse, pour les trois domaines examinés dans le

[52] 08.3589 Motion Stadler. Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit.

[53] www.tropdetaxes.ch (dernière consultation le 04.07.2011).

présent rapport, à savoir la musique, les films et les jeux informatiques, sont généralement bons[54].

Une action du législateur ne semble par conséquent pas s'imposer dans l'immédiat. Il importe toutefois de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence. Il est en revanche impératif que les milieux concernés et la Confédération poursuivent leur travail d'information et de sensibilisation du public[55] afin de rendre le cadre juridique actuel plus transparent au niveau national.

3003 Berne, août 2011

[54] Le *Schweizer Entertainment und Media Outlook 2010-2014* de PWC 2010 prévoit, pour la période citée, une croissance annuelle moyenne de 0,9 % pour la musique et les supports audio, de 3,5 % pour les vidéos et le cinéma et de 6,9 % pour les jeux informatiques. Voir PWC 2010 *supra* note de bas de page 34.

[55] A l'instar de ce que fait STOP A LA PIRATERIE, la Plate-forme suisse de lutte contre la contrefaçon et la piraterie.

Rapport du Conseil fédéral concernant le classement de la motion 08.3589 (Stadler) du 2 octobre 2008

(Droit d'auteur. Moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit)

du 9 décembre 2011

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2009	M	08.3589	Droit d'auteur. Moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit (CE 17.12.08, Stadler; CN 23.4.09, Commission des affaires juridiques)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

9 décembre 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Rapport

1 Contexte

La motion déposée le 2 octobre 2008 par le conseiller aux Etats Hansruedi Stadler vise à simplifier l'encaissement des rémunérations des auteurs par les sociétés de gestion. Elle charge ainsi le Conseil fédéral de créer les bases légales permettant aux caisses de compensation de communiquer des données aux sociétés de gestion afin que les droits d'auteur pour l'utilisation d'œuvres protégées (livres, journaux, etc.) puissent être perçus de manière plus économique. Le Conseil des Etats a adopté la motion le 17 décembre 2008, le Conseil national le 28 mai 2009 par 119 voix contre 41.

Le droit d'auteur confère au titulaire le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée (art. 10 de la loi du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur, LDA; RS *231.1*). Il prévoit toutefois une série de restrictions au monopole de l'ayant droit, telles que l'utilisation par des personnes atteintes de déficiences sensorielles (art. 24*c* LDA) et l'utilisation de l'œuvre à des fins personnelles (art. 19, al. 1, let. a, LDA), à des fins pédagogiques (art. 19, al. 1, let. b, LDA) ou au sein des entreprises à des fins d'information interne ou de documentation (art. 19, al. 1, let. c, LDA). Si l'auteur a droit à une rémunération pour ces types d'utilisation, sa perception est confiée à des sociétés de gestion. En 2009, les cinq sociétés de gestion suisses ont encaissé 237 millions de francs à ce titre. Ces recettes leur ont permis de redistribuer 177 millions de francs aux titulaires des droits et d'allouer 19 millions de francs à des fins culturelles et sociales. Les frais administratifs représentaient 17 % du total. Ce n'est toutefois pas l'encaissement, mais la complexité du système de répartition qui engendre la plus grande partie des coûts: pointu et fondé sur l'utilisation des œuvres, il permet aux artistes dont le succès commercial est moindre et qui sont d'autant plus tributaires de ces recettes de participer à la répartition. Dans ce système, les consommateurs et les PME sont principalement touchés par les redevances sur les supports vierges, par les rémunérations pour la photocopie et l'utilisation de réseaux électroniques et par la redevance pour la réception publique. En 2009, la part des recettes liées aux redevances sur les supports vierges s'est élevée à 24 millions de francs, qui ont permis de redistribuer 19 millions de francs aux titulaires des droits et d'affecter 2 millions de francs à des fins culturelles et sociales. Les photocopies et l'utilisation d'œuvres dans des réseaux électroniques ont dégagé des recettes de 14 millions de francs (11 millions pour les titulaires et 1 million à des fins culturelles et sociales) et les redevances pour la réception publique des recettes de 20 millions de francs (15 millions pour les titulaires et 2 millions à des fin culturelles et sociales).

La motion a pour but d'améliorer l'efficacité de l'encaissement des redevances pour la photocopie et l'utilisation dans des réseaux électroniques. Les utilisateurs concernés ont l'obligation légale de fournir aux sociétés de gestion les informations nécessaires à l'encaissement et à la répartition du produit de leur gestion, alors que les caisses de compensation sont déjà en possession de la plupart de ces données. En autorisant ces dernières à communiquer les données qu'elles détiennent aux sociétés de gestion, on éviterait de faire deux fois le même travail et d'engager des dépenses inutiles.

2 Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur de la motion. La simplification proposée lui paraissait en effet appropriée pour prévenir les revendications illégitimes des sociétés de gestion à l'égard des utilisateurs et assurer une mise en œuvre juste et efficace de la solution légale.

3 Mise en œuvre du mandat parlementaire

Le projet prévoyait une simplification considérable du système des déclarations spontanées. Les entreprises concernées auraient été libérées de l'obligation de communiquer les données lorsque les organes chargés de l'application de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS *831.10*) les avaient déjà en leur possession Elles n'auraient dès lors été tenues de communiquer des données que dans les cas où les indications existantes se seraient avérées incomplètes ou erronées.

Les travaux de mise en œuvre du mandat parlementaire ont toutefois montré que la simplification du système n'apporte pas les économies escomptées. Tous les trois à cinq ans, la société ProLitteris envoie un questionnaire aux nouvelles entreprises fondées en Suisse[1]. Ces dernières années, selon l'Office fédéral de la statistique, quelque 12 000 nouvelles entreprises ont été fondées chaque année[2]. D'après les estimations de ProLitteris, le temps consacré par une entreprise pour remplir et retourner le questionnaire est d'une heure. Sur la base d'un salaire horaire de 70 francs, les coûts totaux pour les entreprises s'élèvent donc à 840 000 francs par an. Lors de son dernier envoi, ProLitteris a contacté environ 63 000 utilisateurs: elle évalue ses propres coûts à 470 000 francs, y compris la collecte des adresses et les frais de port, de rappel et de personnel, soit quelque 90 000 francs par an[3]. Par conséquent, la collecte des données destinée à exercer les droits à rémunération des auteurs s'élève actuellement à environ 930 000 francs par an pour l'ensemble de l'économie.

La simplification du système libérerait certes un grand nombre d'entreprises de l'obligation de remplir les questionnaires. Selon ses propres estimations, ProLitteris pourrait aussi réduire ses frais administratifs à 40 000 francs par an. La communication des données représenterait cependant une charge de travail supplémentaire pour les caisses de compensation, qui devrait être assumée par ProLitteris. D'après l'Office fédéral des assurances sociales, la communication des données par les caisses de compensation coûterait environ 110 000 francs par an, auxquels s'ajouteraient des coûts initiaux évalués à 750 000 francs, soit 150 000 francs supplémentaires par an pour une durée d'amortissement de cinq ans.

1 Environ 9 % des entreprises contactées s'avèrent soumises aux tarifs.
2 Cf. communiqué de presse «Plus d'entreprises créées en 2007» du 27 août 2009.
3 Le nombre de questionnaires envoyés lors du dernier envoi (63 000) divisé par le nombre de nouvelles entreprises créées chaque année (12 000) donnent une période de 5,25 ans. Les coûts s'élèvent donc à 90 000 francs par an (470 000 / 5,25).

Coûts annuels courants et économies les cinq premières années

(en francs)	Statu quo:	Nouveau:	Différence
Dépenses des entreprises	840 000	420 000	420 000
Dépenses de ProLitteris	90 000	300 000[4]	–210 000
Economies			**210 000**

Coûts annuels courants et économies à partir de la 6e année

(en francs)	Statu quo:	Nouveau:	Différence
Dépenses des entreprises	840 000	420 000	420 000
Dépenses de ProLitteris	90 000	150 000[5]	–60 000
Economies			**360 000**

Contrairement à l'hypothèse de départ, le changement de système ne permettrait pas à ProLitteris de faire des économies, mais entraînerait des coûts supplémentaires. En revanche, la suppression de la moitié des charges administratives permettrait aux PME de réaliser des économies de 420 000 francs. L'Union suisse des arts et métiers s'oppose cependant à cette adaptation, la considérant incompatible avec la protection des données. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a également critiqué le projet, estimant que la communication des données est contraire au système. Il juge même disproportionné que la loi fasse obligation de donner des renseignements dans ce cas, puisque celle-ci n'autorise la communication (globale) de données aux autorités d'instruction pénale que pour dénoncer ou prévenir un crime (art. 50*a*, al. 1, let. d, LAVS).

Les caisses de compensation et le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence craignent de plus que la communication d'informations à des fins étrangères à l'AVS n'entrave la collaboration entre les employeurs et les organes chargés d'appliquer la LAVS et ne crée ainsi un précédent pour des requêtes semblables.

4 Autres solutions

L'introduction d'une redevance sur les appareils apporterait une réelle simplification au système. La création d'un registre IDE autonome et partiellement accessible au public liée à l'introduction d'un numéro d'identification des entreprises (IDE) unique pourrait faciliter l'accès des sociétés de gestion aux données qui doivent leur

4 40 000 francs de frais administratifs, plus 110 000 francs de frais de collecte des données auprès des caisses de compensation, plus (les cinq premières années) 150 000 francs d'amortissement.

5 40 000 francs de frais administratif, plus 110 000 francs de frais de collecte des données auprès des caisses de compensation.

être communiquées en vertu de la loi. Enfin, la question de la suppression des redevances pour la photocopie et l'utilisation de réseaux électroniques se pose.

Appréciation des autres solutions

La redevance sur les appareils a été rejetée lors de la révision totale de la LDA et elle s'est heurtée à une forte opposition dans le cadre des travaux préparatoires de la révision partielle de 2007. Elle ne constitue donc pas une solution viable.

Le registre IDE en cours de développement ne peut pas non plus résoudre le problème de la collecte des données par les sociétés de gestion. Ces dernières rempliraient certes les conditions d'enregistrement en tant qu'entités IDE et auraient donc accès aux données du registre, mais celui-ci ne contiendra pas toutes les données dont elles ont besoin, notamment le nombre de collaborateurs travaillant dans les entreprises (donnée déterminante pour la perception de la taxe sur les photocopies).

Eu égard à la garantie de la propriété et aux obligations internationales, il ne serait pas possible de supprimer les redevances pour les photocopies et l'utilisation des réseaux électroniques sans restreindre considérablement la licence légale qui permet la reproduction pour l'usage privé. Cette solution ne serait pas compatible avec l'intérêt légitime des utilisateurs à pouvoir faire un usage aussi libre que possible des moyens techniques et à avoir accès aux informations.

5 Appréciation

Etant donné que le projet n'apporte pas les économies escomptées pour ProLitteris, que les acteurs qui pourraient en profiter sur le plan économique rejettent le projet avec des arguments de poids et que les autres solutions examinées ne constituent pas non plus une solution viable, il faut renoncer pour l'heure à une simplification du système.

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3834 – Motion
Protection du droit d'auteur

Déposé par	Freysinger Oskar
Date de dépôt	27.09.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Non encore traité au conseil

Texte déposé
Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement, dans un délai de six mois, un projet permettant de protéger intégralement les droits d'auteur, du créateur jusqu'au consommateur.

Développement
Ces dernières années, suite à la propagation d'Internet à l'échelle mondiale, le non-respect des droits d'auteur et les vols de propriété intellectuelle sont devenus monnaie courante. La Suisse est le seul pays d'Europe où le téléchargement de contenus de source illégale n'est pas interdit. Bien que les oeuvres des musiciens ou des auteurs soient protégées par le droit d'auteur, elles sont offertes et consommées gratuitement, sans le consentement de l'auteur. Pour les acteurs culturels, cela signifie l'impossibilité de déterminer eux-mêmes le mode de diffusion et d'utilisation de leur propriété intellectuelle, mais aussi des pertes économiques considérables. Cette situation ne menace pas seulement la survie économique des acteurs culturels, mais aussi l'existence de l'ensemble de l'économie créative. Il faut absolument y remédier, car les auteurs de contenus créatifs doivent pouvoir déterminer eux-mêmes les conditions auxquelles leur travail sera rendu accessible aux consommateurs et le prix que cela coûtera. Il faut qu'à l'avenir également, il soit possible de gagner sa vie en faisant du travail créatif.

Avis du Conseil fédéral du 21.11.2012
De l'avis du Conseil fédéral, le droit d'auteur reste un pilier important de la politique culturelle, même à l'ère du numérique. Dans son rapport sur les utilisations illicites d'oeuvres sur Internet en réponse au postulat Savary 10.3263, il a déjà assuré qu'il suivrait attentivement l'évolution de la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence.

Entre-temps, la cheffe du Département fédéral de justice et police a institué un groupe de travail, l'AGUR 12, composé des représentants des artistes, des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs, dont le mandat est de mettre en lumière, d'ici à la fin 2013, des possibilités d'adapter le droit d'auteur à l'évolution de la technique.

Pour être satisfaisantes, les solutions proposées doivent recueillir une large adhésion. C'est pour cette raison que le groupe de travail représente l'ensemble des intérêts en jeu. Pour dégager des approches susceptibles de réunir le consensus, le groupe a besoin du temps qui lui a été imparti. Le rapport de l'AGUR 12 constituera la base du débat qui aura ensuite lieu au niveau politique.

Proposition du Conseil fédéral du 21.11.2012
Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (32)
Amaudruz Céline Barthassat Luc Binder Max Bourgeois Jacques Brand Heinz Bugnon André Chevalley Isabelle Darbellay Christophe de Buman Dominique Français Olivier Geissbühler Andrea Martina Gilli Yvonne Grin Jean-Pierre Haller Vannini Ursula Heer Alfred Hiltpold Hugues Joder Rudolf Lüscher Christian Moret Isabelle Müller Thomas Nidegger Yves Parmelin Guy Perrin Yvan Reimann Maximilian Rime Jean-François Rusconi Pierre Schwander Pirmin Stamm Luzi Steiert Jean-François Wandfluh Hansruedi Wasserfallen Christian Wobmann Walter

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht geistiges Eigentum literarisches und künstlerisches Eigentum künstlerisches Schaffen

Indexation complémentaire:
12;2831

Compétence
Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

13.3215 – Motion
Régler la responsabilité des fournisseurs de prestations Internet

Déposé par	Riklin Kathy
Date de dépôt	21.03.2013
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Non encore traité au conseil

Texte déposé
Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement un projet de loi qui règle la responsabilité juridique des fournisseurs de prestations Internet (contenu, hébergement et accès) et facilite la poursuite civile et pénale des infractions commises à l'aide d'Internet.

Développement
La décision prise par le Conseil fédéral en 2008 de renoncer à régler dans la loi la responsabilité des fournisseurs de prestations Internet en cas d'utilisation illicite de leurs infrastructures s'est révélée fâcheuse. En effet, les fournisseurs, les clients et les autorités, mais aussi la justice, ont tout intérêt à disposer de règles juridiques claires. D'autres Etats industrialisés, de même que l'UE, s'en sont dotés depuis longtemps. En Suisse, l'insécurité du droit et le flottement dominent encore. Le Tribunal fédéral a enjoint à plusieurs reprises au législateur de prendre des mesures (rapport de gestion 2010 du Tribunal fédéral; arrêt 5A_792/2011, du 14 janvier 2013).

Le seul point clairement établi dans notre pays est que les auteurs de contenus illicites (à savoir les fournisseurs de contenus, ou "Content Providers") sont juridiquement responsables; or, ils sont très difficiles à identifier et ne peuvent donc guère être assignés à rendre compte de leurs activités. La part de responsabilité des autres acteurs de la chaîne de communication n'est par contre pas claire.

La directive de l'UE sur le commerce électronique est en vigueur depuis douze ans. Elle dégage les fournisseurs d'hébergement de toute responsabilité, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas connaissance d'un contenu illicite ou qu'ils agissent immédiatement après avoir reçu des informations non équivoques sur la présence d'un contenu illicite. L'UE a en outre réglé la responsabilité des fournisseurs dans le domaine des droits d'auteur et prévu que les détenteurs de ces droits puissent "demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin" (art. 8.3 de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information). Elle a également prévu un droit d'information par voie de procédure civile (art. 8 de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle).

Conformément au droit en vigueur, les fournisseurs de prestations Internet ne peuvent être tenus pour responsables sur le plan pénal, et donc être contraints de prendre des mesures contre des violations individuelles du droit, qu'en cas de complicité à une infraction principale, ce qui ne contribue pas à résoudre le problème. Il arrive souvent, au contraire, que les auteurs d'une infraction se soustraient à leur responsabilité, soit en choisissant un site exotique, soit en dissimulant leur identité grâce à des moyens techniques. L'instrument de la "punissabilité

de la complicité" est inutilisable, car il suppose la préméditation de la part du fournisseur de prestations Internet, ce qui ne sera généralement pas le cas.

Avis du Conseil fédéral du 15.05.2013

Il est indéniable que chacun - les fournisseurs, les clients et les autorités comme la justice - gagne à disposer de normes claires. Cela étant, tout projet de loi ayant pour objet la responsabilité des fournisseurs Internet (accès, hébergement et contenus) et la poursuite de la cybercriminalité pose un défi de taille: trouver une solution aussi efficace que possible face à une multiplicité d'acteurs aux problèmes et besoins différents, sans tomber dans le piège de la surréglementation, ni de la sous-réglementation. Il n'est d'ailleurs pas établi que la directive européenne évoquée par l'auteur de la motion ait réellement apporté la sécurité juridique escomptée, par comparaison, notamment, à la situation en Suisse.

De l'avis réitéré du Conseil fédéral, la responsabilité civile et pénale des fournisseurs était déjà suffisamment encadrée par la législation en vigueur (cf. motion Riklin Kathy 09.4222, "Responsabilité juridique des fournisseurs Internet", initiative parlementaire Hochreutener 08.418, "Accroître la sécurité du droit dans le domaine de la cybercriminalité", et en dernier lieu interpellation Stöckli 12.4202, "Swisscom. Gestion des contenus protégés par les droits d'auteur"). L'arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011) a cependant fait apparaître des points sur lesquels il pourrait s'avérer nécessaire de légiférer en matière civile. Le Conseil fédéral l'a du reste évoqué dans sa réponse à la question Glättli 13.5059, "Responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des services de blogs et de forums". Divers travaux sont aujourd'hui en cours sur ces questions; il ne serait pas opportun d'en anticiper les résultats. Un groupe de travail a ainsi été créé pour améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR 12; https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/agur12.html) et un rapport du Conseil fédéral est en préparation, en exécution du postulat Amherd 11.3912, "Donnons un cadre juridique aux médias sociaux", pour faire le point sur l'état de la législation sur les médias sociaux. Le Conseil fédéral devrait présenter les conclusions du rapport au Parlement avant la fin de l'année.

Le Conseil fédéral s'appuiera sur ces travaux, mais aussi sur l'observation des évolutions qui se dessinent en Suisse et à l'étranger, pour examiner s'il y a effectivement nécessité de légiférer en matière civile. Mettre en oeuvre la motion reviendrait à préjuger des résultats des travaux en cours.

En matière pénale, en revanche, rien n'a changé, ni dans les faits, ni sur le plan légal: l'arsenal répressif existant suffit dès lors. Les arguments développés par le Conseil fédéral en réponse à l'interpellation Stöckli, en février 2013, restent d'actualité.

Proposition du Conseil fédéral du 15.05.2013

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

Conseil prioritaire

Conseil national

Cosignataires (7)

Glättli Balthasar Graf-Litscher Edith Markwalder Christa Noser Ruedi
Schmid-Federer Barbara von Graffenried Alec Wasserfallen Christian

Descripteurs (en allemand): Aide

Internet-Provider strafrechtliche Verantwortlichkeit Verantwortung Computerkriminalität
gerichtliche Untersuchung

Indexation complémentaire:

34

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.4238 – Postulat

Utilisation d'offres illégales sur Internet. Impact sur l'économie

Déposé par	Fluri Kurt
Date de dépôt	14.12.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Non encore traité au conseil

Texte déposé

Le Conseil fédéral est chargé d'élaborer, d'ici fin 2013, un rapport qui examinera:

1. l'ampleur des dommages, pour l'économie suisse, de l'utilisation et de la consommation d'offres illégales sur Internet protégées par un droit d'auteur;

2. la part de l'utilisation d'offres illégales sur Internet par rapport à la consommation globale d'oeuvres protégées par un droit d'auteur;

3. la part des différents domaines concernés (musique, films, littérature, photographie);

4. le manque à gagner annuel dont souffrent les producteurs légaux sur le marché suisse du fait du piratage et de la pression sur les prix imputable aux offres illégales?

5. l'impact de ce phénomène en Suisse par rapport aux pays étrangers.

Développement

Phénomène très répandu en Suisse, la diffusion sur Internet d'oeuvres protégées par un droit d'auteur, sans accord de licence avec les titulaires des droits, doit absolument être enrayée par des mesures idoines, législatives ou autres, déjà rien qu'en raison de la sécurité du droit.

Cela dit, il est choquant que les autorités responsables en Suisse n'aient jamais établi des statistiques fiables à ce sujet. Alors que de nombreux pays européens disposent d'études détaillées et actualisées sur la nature, l'ampleur et les dommages économiques du piratage sur Internet, les autorités suisses tâtonnent toujours (cf. réponse du Conseil fédéral au postulat Savary). Le rapport demandé constituera une base objective pour alimenter le débat politique, procéder aux adaptations de loi nécessaires et prendre d'autres mesures efficaces et proportionnées visant à endiguer ces pratiques illégales.

Avis du Conseil fédéral du 20.02.2013

Dans son rapport sur les utilisations illicites d'oeuvres sur Internet en réponse au postulat Savary 10.3263, le Conseil fédéral avance les chiffres suivants: près d'un tiers des Suisses de plus de quinze ans téléchargerait gratuitement de la musique, des films et/ou des jeux. Les analyses dans d'autres pays articulent des chiffres comparables.

Les études étrangères concluent toutes qu'il n'est pas possible de chiffrer avec précision les dommages pour l'économie, ceux-ci ne pouvant être que grossièrement évalués. On est donc dans l'impossibilité de donner des indications détaillées parce que les effets imputables directement au téléchargement de contenus de sources illégales ne peuvent pas être séparés

clairement d'autres effets. Il est ainsi probable que le modèle d'affaires d'iTunes, qui propose au téléchargement des titres de musique individuels, ait causé un manque à gagner puisque les consommateurs ne sont plus contraints d'acheter un CD entier. Le recul du chiffre d'affaires de l'industrie ne peut en conséquence être imputé à la seule utilisation de sources illégales.

On ne peut pas non plus se baser uniquement sur le nombre d'utilisations. Ainsi le phénomène de l'utilisation d'offres illégales pour le téléchargement de séries se déplace de plus en plus des Etats-Unis, où il existe de nombreuses offres légales pour regarder des séries et des films, vers d'autres pays, où l'offre est encore limitée. Lorsque les titulaires de droits renoncent à la gestion de leurs droits, l'utilisation d'offres illégales ne débouche pas directement sur un manque à gagner et, de ce fait, sur un dommage pouvant être chiffré avec précision. Il en va de même, par exemple, avec la mise en circulation d'oeuvres protégées, mais épuisées.

Comme l'auteur du postulat l'expose dans son développement, la diffusion sur Internet d'oeuvres protégées par un droit d'auteur sans accord de licence est un phénomène très répandu, et il souhaite qu'elle soit enrayée par des mesures idoines. Le Conseil fédéral est en principe du même avis. C'est pourquoi le groupe de travail sur le droit d'auteur (AGUR 12) institué par Madame la conseillère fédérale Simonetta Somaruga examine aussi ces questions et remettra ses conclusions fin 2013. Le rapport servira de base au débat politique.

Rédiger un nouveau rapport en plus de celui sur les utilisations illicites d'oeuvres sur Internet en réponse au postulat Savary 10.3263 et en parallèle de celui de l'AGUR 12 ne fait donc pas sens et est inutile.

Proposition du Conseil fédéral du 20.02.2013
Le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat.

Conseil prioritaire
Conseil national

Cosignataires (14)
Aebischer Matthias Amherd Viola Bäumle Martin Eichenberger-Walther Corina Freysinger Oskar Gasser Josias F. Gilli Yvonne Grunder Hans Leutenegger Filippo Markwalder Christa Müri Felix Riklin Kathy Vischer Daniel Weibel Thomas

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht audiovisuelle Piraterie literarisches und künstlerisches Eigentum betrügerisches Handelsgeschäft Computerkriminalität wirtschaftliche Auswirkung Bericht Datenspeicherung Entwendung von Hard- und Software Nachahmung

Indexation complémentaire:
34;2831

Compétence
Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.4202 – Interpellation
Swisscom. Gestion des contenus protégés par les droits d'auteur

Déposé par	Stöckli Hans
Date de dépôt	13.12.2012
Déposé au	Conseil des Etats
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé
Le Conseil fédéral est invité à prendre position concernant les questions suivantes, notamment en sa qualité d'autorité compétente pour fixer la stratégie de propriétaire de la Confédération, qui est actionnaire majoritaire de Swisscom:

1. Que pense-t-il du fait que Swisscom tolère, en tant que fournisseur de services Internet, que diverses plates-formes opérant illégalement proposent à ses abonnés de télécharger ou de lire en transit (streaming) des contenus protégés par les droits d'auteur sans l'autorisation des détenteurs de ces droits? Comment faire en sorte que Swisscom, et d'autres fournisseurs d'accès, prennent leurs responsabilités à ce sujet?

2. Que pense-t-il, dans la perspective de lutter contre de telles plateformes, des expériences faites depuis plusieurs années par l'Office fédéral de la police et le Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI), qui ont développé un instrument manifestement efficace contre différents états de fait (notamment le racisme, la pornographie enfantine)?

3. Que pense-t-il du fait que Swisscom, ou les organisations mandatées par ses soins, fasse de la publicité pour les produits et services Swisscom sur de telles plates-formes?

Développement
La Confédération est actionnaire majoritaire de Swisscom; dans les "Objectifs stratégiques assignés à Swisscom SA par le Conseil fédéral de 2010 à 2013", celui-ci a défini une stratégie de propriétaire qui exige notamment de Swisscom qu'elle agisse "en garantissant et en augmentant durablement la valeur de l'entreprise", qu'elle "dispose d'un système adéquat de gestion des risques" et qu'elle "suive ... une stratégie axée tant sur les principes éthiques que sur ceux du développement durable". Cela implique que Swisscom identifie et lutte contre les risques évitables pour la réputation de l'entreprise de manière proactive, afin de protéger les intérêts des actionnaires.

A l'évidence, des abonnés de Swisscom ont aujourd'hui accès à des plates-formes Internet qui ne règlent pas les droits d'auteur ni les droits garantissant la protection de la prestation pour les contenus auxquels ils donnent accès, mais qui dégagent des bénéfices, par exemple par le biais de la publicité (mise en ligne également par Swisscom ou par des organisations qu'elle a mandatées) ou des revenus liés aux abonnements. Ces pratiques commerciales entraînent indirectement une baisse très importante du chiffre d'affaires pour les détenteurs des droits (artistes, producteurs, distributeurs, etc.), et même pour Swisscom en tant que fournisseur de contenus.

Aujourd'hui déjà, le SCOCI établit des dossiers de suspects pour différents faits constitutifs d'infractions, qu'il transmet aux autorités cantonales de poursuite pénale et qu'il annonce aussi souvent directement aux fournisseurs de services Internet et aux exploitants de pages Internet pour qu'ils les suppriment (selon le rapport annuel 2011 du SCOCI), ce que ces derniers ont d'ailleurs fait. Il est manifestement possible sur les plans technique et juridique de bloquer ce genre d'offres.

Dans ces circonstances, il est nécessaire que Swisscom fasse tout son possible pour se démarquer de façon claire et tangible de tels procédés illégaux et, partant, protéger ses abonnés ainsi que l'offre qu'elle propose.

Réponse du Conseil fédéral du 13.02.2013

1. Le groupe de travail institué par la cheffe du Département fédéral de justice et police et chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins ("AGUR 12"; https://www.ige.ch/de/urheberrecht/agur12.html) examine notamment dans quelle mesure il est possible d'obliger les fournisseurs d'accès à Internet comme Swisscom à prendre des mesures pour protéger les droits d'auteur et si cette obligation est compatible avec le droit à la protection de la sphère privée inscrit dans la Constitution (art. 13 de la Constitution fédérale), le secret des télécommunications (art. 43 LTC, art. 321ter CP), la protection des données et le droit à la liberté d'expression. Les résultats sont attendus pour la fin 2013. Vu la multitude de sites Internet, il n'est pas certain que les fournisseurs d'accès parviennent à faire le tri des contenus. Pour cette raison, un nouvel article 24a a été rédigé dans le cadre de la révision partielle de la loi sur le droit d'auteur. Cet article restreint la responsabilité des fournisseurs d'accès par rapport au détenteur d'un droit d'auteur et de droits voisins dans l'intérêt d'une utilisation efficace des systèmes modernes de communication.

En ce qui concerne la diffusion sur Internet de contenus illicites, notamment pornographiques, racistes, discriminatoires, blessants ou extrêmement violents, le Conseil fédéral a estimé à plusieurs reprises - dernièrement dans sa réponse à la motion Riklin 09.4222 - que le droit pénal et le droit civil en vigueur constituaient des bases légales suffisantes pour y faire face et qu'un durcissement de la responsabilité des fournisseurs d'accès n'était pas dans l'intérêt de la place économique suisse.

Swisscom ne tolère pas les pratiques illégales sur Internet et, dans le cadre de ses possibilités, elle prend toutes les mesures ordonnées par les autorités judiciaires ou administratives afin d'interdire la diffusion de contenus passibles de poursuite pénale.

2. Le Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI) est chargé de rechercher les contenus illicites sur Internet et réceptionne les annonces de sites ou contenus suspects qui lui proviennent de Suisse ou de l'étranger. Il examine le caractère pénal des contenus et transmet les cas pertinents aux autorités de poursuite pénale compétentes en Suisse et à l'étranger. La grande majorité des annonces reçues en 2011 concernait des cas de pornographie dure au sens de l'article 197 CP. Des cas de violation du droit d'auteur ont également été signalés, mais ils ne représentaient que 0,75 pour cent de toutes les annonces. En raison de ressources limitées, le SCOCI est tenu de fixer des priorités en ce qui concerne les contenus. Il s'agit notamment de lutter contre la pornographie dure et la pédocriminalité sur Internet, la criminalité économique et la criminalité sur Internet au sens strict. Le modèle SCOCI a largement fait ses preuves dans ces domaines. Pour déterminer si le SCOCI peut servir de modèle pour lutter contre les violations du droit d'auteur, il faudra attendre les résultats du groupe de travail "AGUR 12".

3. Swisscom est consciente du fait que le sujet est particulièrement sensible. Conformément à ses directives, qui sont également appliquées par les agences qu'elle a mandatées, Swisscom renonce à faire de la publicité sur des sites Internet suspects ou controversés. Compte tenu de l'abondance d'offres sur Internet, on ne peut jamais exclure complètement qu'une publicité soit, exceptionnellement et de manière non intentionnelle, placée sur un tel site Internet. Si un tel cas est identifié ou annoncé, Swisscom ordonne immédiatement le retrait de la publicité. Le Conseil fédéral ne voit donc aucune nécessité, dans le cadre des objectifs stratégiques de Swisscom, d'édicter des prescriptions spécifiques en matière de pratiques publicitaires.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
19.03.2013	CE	Liquidée.

Conseil prioritaire
Conseil des Etats

Descripteurs (en allemand): Aide
Swisscom Datenschutz Urheberrecht Internet-Provider betrügerisches Handelsgeschäft

Indexation complémentaire:
34;12;2831

Compétence
Département de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

12.3902 – Interpellation
La Suisse, paradis du téléchargement illégal

Déposé par	Fluri Kurt
Date de dépôt	28.09.2012
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Liquidé

Texte déposé
Le congrès américain a publié récemment une liste noire des pays qui ne protègent pas suffisamment les droits d'auteur, sur laquelle la Suisse figure en compagnie de pays tels que la Chine, la Russie ou l'Ukraine. Cette situation, à laquelle il faut ajouter le préjudice financier de plus en plus flagrant que subissent les auteurs et les ayant-droit, a de quoi inquiéter. D'autant qu'on ignore à ce jour l'ampleur que ce phénomène a prise en Suisse.

Aussi prié-je le Conseil fédéral de répondre aux questions suivantes:

1. Qu'inspire au Conseil fédéral le fait qu'un partenaire commercial important de la Suisse considère manifestement que celle-ci fait partie des pays qui protègent insuffisamment le droit d'auteur?

2. Quelles sont à ses yeux les raisons pour lesquelles les autorités suisses ne font pas respecter le droit en vigueur avec assez de fermeté?

3. A combien chiffre-t-il le préjudice économique que cause à la Suisse le téléchargement de fichiers partagés illégalement?

4. Par rapport à la consommation totale d'oeuvres protégées par le droit d'auteur, à combien s'élève la part du téléchargement de fichiers partagés illégalement, et à combien s'élève-t-elle domaine par domaine (musique, film, livre, photo, etc.)?

5. Quelles sont les principales plates-formes de partage illégal de fichiers actives depuis la Suisse?

6. Quelles seraient les premières mesures à prendre pour combattre la réputation de paradis du téléchargement illégal que s'est forgée la Suisse?

Développement
La Suisse ne dispose manifestement pas de moyens suffisamment efficaces pour mettre un terme au partage illégal de fichiers sur Internet. Cette protection déficiente du droit d'auteur est d'autant plus funeste qu'elle pourrait créer au niveau international un effet d'aspiration qui conduirait certains milieux à choisir la Suisse pour développer leurs activités illégales.

En Allemagne, à en croire le "Bundesverband Musikindustrie" (association allemande de défense des intérêts de l'industrie du disque), ce sont pour plusieurs centaines de millions d'euros de contenus qui sont téléchargés illégalement chaque année rien que dans le domaine de la production musicale: on peut donc imaginer que la Suisse subit un préjudice comparable. Il est vrai qu'à ce jour, les autorités ne disposent pas de chiffres fiables sur le volume des fichiers partagés illégalement et sur le préjudice qui en résulte.

Réponse du Conseil fédéral du 14.11.2012
Nous prenons position comme suit sur les questions posées:

1. La liste noire émane du groupe d'intérêt parlementaire "Congressional International Anti-Piracy Caucus". Celui-ci s'engage, dans le but de protéger les titulaires de droits américains, en faveur de lois sévères sur les droits d'auteur et de leur application. Elle n'est donc pas représentative de la position officielle des Etats-Unis. Au vu des raisons invoquées par le groupe, il subsiste des doutes sur la manière dont celui-ci s'est familiarisé avec le système suisse.Le Conseil fédéral prend cependant au sérieux les signaux venant des Etats-Unis.

2. D'une part, l'ampleur des violations des droits rend une application par la voie judiciaire traditionnelle impossible. D'autre part, l'arrêt Logistep du Tribunal fédéral (136 II 508) a créé une insécurité sur la manière de respecter la protection des données dans la collecte des preuves.

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence est toutefois d'avis que cet arrêt n'empêche pas la collecte de preuves dans le respect de la protection des données. Les titulaires de droits pourraient ainsi attaquer en justice les plates-formes qui mettent en circulation des offres illégales depuis la Suisse. Cette façon d'agir serait plus efficace que de poursuivre individuellement les utilisateurs de ces plates-formes. Les titulaires semblent pourtant rechigner à intenter des actions en justice en Suisse et préféreraient que la lutte contre le piratage incombe en premier lieu aux fournisseurs d'accès à Internet.

3. Comme l'a relevé le Conseil fédéral dans son rapport sur les utilisations illicites d'oeuvres sur Internet en réponse au postulat Savary 10.3263, il est impossible de dégager un bilan fiable sur l'impact sur l'économie nationale de la mise en circulation illicite d'oeuvres numériques. Les chiffres disponibles diffèrent d'ailleurs fortement en fonction des sources.

4. Ledit rapport avance les chiffres suivants: près d'un tiers des Suisses de plus de 15 ans téléchargerait gratuitement de la musique, des films et/ou des jeux. Ce phénomène touche principalement la musique (musique 65 pour cent, films 21 pour cent et jeux 14 pour cent).

5. L'industrie américaine du divertissement critique plus particulièrement les offres de Rapidshare et de Private Layer. Sans clarifications judiciaires, il est toutefois impossible de déterminer si une certaine plate-forme met en circulation ou permet le partage d'offres illégales et dans quelle mesure elle le fait. A défaut de décisions judiciaires dans ce domaine, le Conseil fédéral est bien en peine d'articuler une quelconque estimation.

6. La cheffe du DFJP a mandaté un groupe de travail composé de représentants des milieux intéressés afin qu'il dégage, d'ici à la fin 2013, des pistes pour adapter le droit d'auteur à l'évolution de la technique. Le mandat comprend également l'examen de mesures visant à faciliter l'application des droits dans l'environnement numérique. Les conclusions du groupe de travail révéleront si des mesures destinées à simplifier l'application des droits dans cet environnement s'imposent et, le cas échéant, lesquelles. Par ailleurs, le SECO a engagé des discussions informelles avec les titulaires de droits, l'OFCOM et l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle sur les implications de l'arrêt Logistep.

Documents

Bulletin officiel - les procès-verbaux

Chronologie / procès-verbaux

Date	Conseil	
14.12.2012	CN	Liquidée.

Conseil prioritaire
Conseil national

Descripteurs (en allemand): Aide Internet Urheberrecht Vollzug von Beschlüssen betrügerisches Handelsgeschäft Computerkriminalität Statistik literarisches und künstlerisches Eigentum **Indexation complémentaire:** 12;34

Compétence

Département de justice et police (DFJP)

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

L'Assemblée fédérale - Le Parlement suisse

Curia Vista - Objets parlementaires

13.404 – Initiative parlementaire
Stop à la taxe injuste sur les supports vierges

Déposé par	Groupe libéral-radical
Porte-parole	Wasserfallen Christian
Date de dépôt	05.03.2013
Déposé au	Conseil national
Etat des délibérations	Non encore traité au conseil

Texte déposé
Conformément à l'article 160 alinéa 1 de la Constitution et à l'article 107 de la loi sur le Parlement, nous déposons l'initiative parlementaire suivante:

Les bases juridiques doivent être modifiées de telle sorte que l'alinéa 3 de l'article 20 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) soit abrogé.

Développement
L'article 20 alinéa 3 LDA demande à ce qu'une contribution financière soit prélevée sur chaque support numérique vierge (CD, DVD, lecteurs MP3, etc.) afin de reverser une rémunération aux auteurs. Cela s'est traduit par une taxe, imposée de manière proportionnelle aux capacités de stockage de chaque appareil concerné. Avec l'évolution technologique, les appareils possèdent de plus en plus de capacités de stockage, taxant d'autant plus les individus. Les taxes augmentent, mais pas l'utilisation effective: les citoyens sont taxés sur un potentiel virtuel bien supérieur aux possibilités réelles de profiter de leurs appareils.

De plus, la taxe sur les supports vierges pénalise injustement les utilisateurs. D'un côté, elle s'applique à tous les utilisateurs, sans lien entre l'application de la redevance et l'usage de l'appareil. D'un autre côté, les citoyens paient plusieurs fois la même taxe. Pour un même morceau de musique acheté sur Internet, un citoyen aura payé sa taxe sur les droits d'auteur au moment de l'achat proprement dit, mais également à l'achat de chaque support matériel qu'il possède. Ponctionner plusieurs fois la même taxe est aussi inédit qu'inacceptable. Pire encore, la taxe est prélevée même si l'appareil sert à un autre usage.

Finalement, il faut rappeler que cet alinéa a été adopté en 2007 dans le but de compenser les pertes des droits d'auteur dues au téléchargement de source illégale. Or, le rapport de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle paru ensuite, en réponse au postulat Savary 10.3263 précise à propos des effets du piratage: "Les études existantes ne permettent pas ... de tirer des conclusions univoques." (p. 2) Certaines études révèlent même un rôle positif du téléchargement de source illégale dans la consommation légale d'oeuvres culturelles.

Commissions concernées

Commission de l'économie et des redevances CN (CER-CN)

Conseil prioritaire
Conseil national

Descripteurs (en allemand): Aide
Urheberrecht Datenträger zweckgebundene Abgabe Aufhebung einer Bestimmung literarisches und künstlerisches Eigentum audiovisuelle Piraterie

Indexation complémentaire:
36;2831

Vous êtes ici: Le Parlement suisse > Recherche > Geschaefte

© Le Parlement suisse / CH - 3003 Berne, Impressum, Disclaimer

Die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements EJPD

P.P. CH-3003 Bern, GS-EJPD

Bern, 8. August 2012

Arbeitsgruppe zum Urheberrecht

Der Bundesrat hat in seinem Bericht zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary die Notwendigkeit unterstrichen, einen "allfälligen Weiterentwicklungsbedarf des Urheberrechts zeitig zu erkennen und aktiv zu werden". Zudem wurde den Anträgen des Bundesrates Folge gegeben und die Postulate Recordon "Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht" und Glättli "Angemessene Entschädigung von Kulturschaffenden unter Einhaltung der Privatsphäre der Internetnutzenden" angenommen.

Ich freue mich, die gestellte Aufgabe anzupacken, denn gute Rahmenbedingungen für das Kulturschaffen und die Situation der Künstler sind mir auch persönlich ein sehr wichtiges Anliegen. Zur Bereitstellung von ausgewogenen Entscheidungsgrundlagen habe ich mich entschieden, eine Arbeitsgruppe zur Weiterentwicklung des Urheberrechts unter Einbezug aller interessierten Kreise einzusetzen. Zukunftsgerichtete Lösungen sind nur dann tragfähig, wenn sie möglichst auf einem breit abgestützten Konsens beruhen und alle berechtigten Anliegen angemessen berücksichtigen. Ich bitte Sie deshalb um Ihre Teilnahme.

Im Interesse einer ausgewogenen Zusammensetzung möchte ich sechs Vertreterinnen oder Vertreter der Kulturschaffenden und je drei Vertreterinnen oder Vertreter für die Produzenten-, die Nutzer- und die Konsumentenseite in die Arbeitsgruppe aufnehmen. Bitte bestimmen Sie gemeinsam mit den anderen Verbänden und Organisationen in Ihrer Interessengruppe Ihre Vertretung und melden Sie diese dem Eidg. Institut für Geistiges Eigentum bis am 14. September 2012. Seitens der Verwaltung werden voraussichtlich das Bundesamt für

Bundeshaus West, 3003 Bern
www.ejpd.admin.ch

Kultur, das Bundesamt für Kommunikation und das Staatssekretariat für Wirtschaft teilnehmen. Die Leitung übernimmt Herr Roland Grossenbacher, Direktor des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum, das auch das Sekretariat stellt.

Die erste Sitzung der Arbeitsgruppe soll am Nachmittag des 8. Oktober 2012 stattfinden und ich freue mich, Sie dann persönlich begrüssen zu dürfen. Bitte reservieren Sie sich das Datum; eine Einladung folgt direkt an die benannten Personen.

Freundliche Grüsse

Simonetta Sommaruga
Bundesrätin

Beilagen:
- Adressliste
- Mandat der Arbeitsgruppe

Adressliste ARGUR12

Kulturschaffende

Suisseculture
Kasernenstrasse 23
8004 Zürich

Produzenten

AudioVision Schweiz
Schwarztorstrasse 56
Postfach 530
3000 Bern 14

Swiss Film Producers' Association
advocomplex
Zinggstrasse 16
3007 Bern

Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband SBVV
Alderstrasse 40
Postfach
8034 Zürich

Verband SCHWEIZER MEDIEN
Konradstrasse 14
Postfach 1202
8021 Zürich

Nutzerverbände

Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer DUN
Kramgasse 15
Postfach 515
3000 Bern 8

economiesuisse
Hegibachstrasse 47
Postfach
8032 Zürich

sgv
Schwarztorstrasse 26
Postfach
3001 Bern

Konsumenten

Stiftung für Konsumentenschutz
Monbijoustrasse 61
Postfach
3000 Bern 23

Konsumentenforum kf
Belpstrasse 11
3007 Bern

Fédération Romande des Consommateurs FRC
Rue de Genève 17
C.P. 6151
1002 Lausanne

Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI
Via Polar 46
C.P. 165
6932 Lugano-Breganzona

Bases pour l'introduction de la protection des images en Suisse

Les photographies représentent une part de plus en plus importante et incontournable de notre monde des médias. Avec leur disponibilité virtuelle sur Internet elles font beaucoup l'objet d'usages abusifs. La jurisprudence suisse protège certaines photographies et d'autres pas. Les critères de distinction sont à peine compréhensibles et mènent avant tout à une insécurité juridique. Cette situation fait craindre qu'une grande partie de toutes les photographies en Suisse est sans protection et peut être utilisée gratuitement par chacun et dans tout contexte. Cela peut avoir un effet fatal non seulement pour les photographes et les utilisateurs d'images, mais aussi pour les personnes représentées sur les photographies.

Nous, les 6 associations signataires, comme représentants importants des photographes professionnels ainsi que les agences de photo et les archives photo en Suisse, veulent mettre fin à cet état inacceptable et contraire à la pratique. Nous sommes d'avis que l'introduction de la protection des images (**Lichtbildschutz** en allemand) – comme cela existe en Allemagne et en Autriche – est le bon chemin.

Que signifie la protection des images ?

- Sont protégées comme ***oeuvres* photographiques** toutes photographies, qui sur la base de leur élaboration revêtent une certaine individualité et sont qualifiées de création intellectuelle personnelle. De telles œuvres sont protégées jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur. Les conditions de protection sont conformes aux exigences posées part l'Art. 2 de la Loi suisse concernant le droit d'auteur.

- Comme **images** sont protégées toutes les autres photographies qui ne revêtent pas d'individualité. La durée de protection est de 50 ans après la date de la confection ou de la première publication d'une image.

La protection des images doit protéger en particulier toute photographie documentaire ou journalistique à l'égard de l'accès par un tiers non autorisé, qui est actuellement sans protection, parce que ces photographies selon la jurisprudence ne présentent pas assez d'individualité dans l'élaboration.

Quels changements sont à attendre dans la pratique ?

- Pour tous les utilisateurs honnêtes la pratique établie et incontestée dans le marché des images ne changera pas, car déjà aujourd'hui les utilisateurs d'images ne font pas dépendre le paiement d'honoraires du niveau d'élaboration d'une photographie. Ainsi l'introduction de la protection des images en Suisse se compare à une **adaptation légale**. Celle-ci est cependant devenu urgemment nécessaire, parce que les moutons noirs, qui prennent de plus en plus d'images sur Internet et les utilisent sans avoir réglé les droits, doivent être stoppés.

- Si toutes les photographies sont protégées dans la règle contre un accès non autorisé, une sécurité juridique souhaitée depuis longtemps peut être obtenue dans ce domaine. Les tribunaux pourraient alors davantage se concentrer sur les conséquences d'une violation de droit d'auteur, au lieu de devoir se pencher sur la question qui n'a jamais été résolue de manière satisfaisante de savoir si une photographie présente un caractère individuel de par son élaboration.

- Aussi seuls le peu d'utilisateurs, qui ont utilisé l'absence de protection de photographies qui ne revêtent pas d'individualité du fait de leur élaboration comme avantage commercial, se fâcheront avec l'introduction de la protection des images,

Combien est réaliste l'introduction d'une protection des images en Suisse

- Comme l'Allemagne et l'Autriche connaissent cette protection des images, il pourrait être fait référence dans les débats politiques sur la mise en oeuvre à une solution qui a fait ses preuves et qui est compatible avec le droit européen.
- Parce que l'introduction de la protection des images ne déploie pas d'inconvénients dans la pratique pour les utilisateurs, il ne se produit de facto aucune extension du droit d'auteur, on peut difficilement concevoir en conséquence des opposants à une telle solution – à part peut-être le Parti des pirates.
- Il est évident aussi que même les éditeurs qui disposent de grandes archives d'images ont un intérêt vital à une protection contre l'accès non autorisé à leur stock d'images, car là aussi beaucoup de ces images de presse n'ont pas de par leur élaboration un caractère individuel. On peut très bien s'imaginer sur la question une alliance avec les éditeurs de médias et de livres.

Les associations signataires s'engagent pour toutes ces raisons au nom de leurs membres à tous les niveaux à une introduction la plus rapide possible de la protection des images en Suisse.

SBF **USPP** **vfg**

impressum **SAB** **syndicom**

Un argumentaire détaillé peut être demandé chez lichtbildschutz@gmx.ch.

Mai 2013

IG ISP

AGUR 12 – Sitzung «Rechtsdurchsetzung» vom 22. Januar 2013

Ausgangslage für ISP (Access Service Provider) bei der Rechtsdurchsetzung in ihrer Stellung zwischen Konsument und Rechteinhaber

Inhaltsübersicht

- IG ISP
- Grundpositionen der ISP
- Grundsatzfragen aus Sicht der ISP
  - Formeller Rahmen des **Rechts**schutzes
    - Rolle und Bedürfnisse ISP?
    - Rechtlicher Status Quo in der CH?
    - Was heisst «Verbessern dieses Status Quo»?
  - Materieller Rahmen des **Rechte**schutzes
    - ISP in kausaler zivilrechtlicher Haftungsposition?
    - Technische Auswirkungen?
    - Konzeptionelle Auswirkungen auf Internetnutzung?
- Technische Massnahmen der ISP: Wirkung und Nutzen

Grundpositionen (1/2)

- Grundsatz:

ISP sind seit über 10 Jahren bei der internetbasierten Werkverwertung bzw. beim Datenaustausch «Intermediäre» und zwar immer gleichzeitig und im Gleichgewicht

  - für Rechteinhaber,
  - für Rechtenutzer,
  - für Konsumenten und
  - für Behörden.

Dieses Gleichgewicht ist das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung zwischen allen relevanten und tangierten – teilweise gegenläufigen – Individualinteressen.

Grundpositionen (2/2)

- Geltendes Recht:

Die geltende Rechtslage gleicht die fraglichen geschützten Interessen (in jede Richtung) aus. Der ISP hat diese zu wahren und darf keine Selbstregulierung vornehmen. Er ist Instrument der Rechtsdurchsetzung nur auf staatliche Anordnung hin.

- Grenzen einer Gesetzesänderung:

An den aktuell zu schützenden Interessen und der Funktion des ISP als Intermediär hat sich nichts geändert. Überwachungs- und Sperrmassnahmen erscheinen unverhältnismässig wegen technisch und operativ begrenzten Möglichkeiten des heute Machbaren – auch nach über 10 Jahren Masseninternet.

ISP als neutraler Intermediär

Diskussionspunkt	Position ISP	Kommentare
Anliegen der Rechteinhaber aus Sicht der ISP	• ISP verstehen die Anliegen von Produzenten/Eigentümern von Urheberrechten im Zusammenhang mit nicht-autorisierten Urheberrechtsnutzungen im Internet, befinden sich diesbezüglich aber bekanntermassen in einem nicht verschuldeten Dilemma.	Es hat dazu in der Vergangenheit bereits «stakeholder dialogues» gegeben.
Sandwich-Position der ISP	• Die ISP-Position zwischen Produzenten/Eigentümern von Urheberrechten (einerseits) und Kunden/Konsumenten (andererseits) führt im Zusammenhang mit Massnahmen gegen illegale Urheberrechtsnutzungen (oder Diskussionen darüber) zwingend zu einem objektiven Zwang zur Neutralität und in praktischer Hinsicht zu einer strikten Beachtung des staatlichen Rechtsverfolgungsmonopols.	Die Evaluation von Potential und Limiten technischer Möglichkeiten muss auf der Basis dieser objektiven Tatsache stattfinden können.
Drittinteressen / Rechtliches Korsett für ISP	• Jeder einzelne ISP-Kunde/Konsumente hat Grundrechtsanspruch auf Achtung seines Fernmeldeverkehrs und auf den Schutz vor Missbrauch seiner persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 1 und 2 BV). • Bilateral mit den Produzenten/Kulturschaffenden verhandelte Massnahmen gegen illegale Urheberrechtsnutzungen im Internet sind heute mit erheblichen rechtlichen Folgerisiken für den ISP verbunden. • ISP handeln bei eindeutigem rechtlichen und technischen Rahmen: DNS-Blocking bei Kinderpornografie auf Hinweis Kobik, Access-Blocking beim Spamversand und zum Schutz der eigenen Infrastruktur bei Denial-of-Service-Attacken. • Als Hosting Provider werden keine illegalen Geschäftsmodelle toleriert.	Weil hierzu diverse und gegenläufige Interessen derzeit im rechtlichen Gleichgewicht sind, ist das Korsett für freiwillige Kooperationen eng und auf klare Rechtsverstösse beschränkt (vor allem Kinderpornografie).

Geltender Interessenausgleich

Diskussionspunkt	Position ISP	Kommentare
Rechtssicherheit und -durchsetzung	• Verfolgung illegaler Nutzung von Urheberrechten im Internet ist heute aus der Sicht der ISP abschliessend bundesgesetzlich geregelt: d.h. es besteht für alle Stakeholder (Konsumenten, ISP und Rechtinhaber) Rechtssicherheit bei der Rechtsdurchsetzung.	Rechtssicherheit ist das Hauptbedürfnis der ISP, um Fernmeldedienste sicherzustellen.
Existenz von Rechtsschutz	• Produzenten/Eigentümer von Urheberrechten sind heute nicht schutzlos gegen Internetpiraten (vgl. Antwort BR auf Postulat Savary vom 12.5.2010).	
	• Selbst Privatnutzung von unzulässig angebotenen Inhalten erfolgt heute nicht *per se* entschädigungslos: Es gibt ein gesetzlich vorgesehenes Kollektivverwertungssystem, welches Produzenten/Eigentümer von Urheberrechten für die Privatnutzung generell und pauschal entschädigt (vgl. Votum StR Sommaruga und Votum BR Widmer-Schlumpf zu Postulat Savary vom 10.6.2010).	
Bewährter Interessenausgleich	• «Effizient» ist ein Rechtsschutz-Regime aus der Sicht der ISP dann, wenn dieses die Sandwich-Position der ISP und der daraus resultierende objektive Zwang zur Neutralität gegenüber Rechteinhaber und Konsument respektiert wird, indem Schritte der Rechtsverfolgung und -durchsetzung vom Staat dirigiert werden.	Entsprechendes gilt letztlich selbst in einem Alert-System wie dem «US Copyright Alert System».
Kein Handlungs-spielraum der ISP	• Ein offensiverer Einbezug von Internet Service Providern in die Durchsetzung von Anliegen der Rechteinhaber gegen illegale Urheberrechtsnutzungen im Internet ist nach geltendem Recht nicht möglich.	

Grenzen neuer Massnahmen

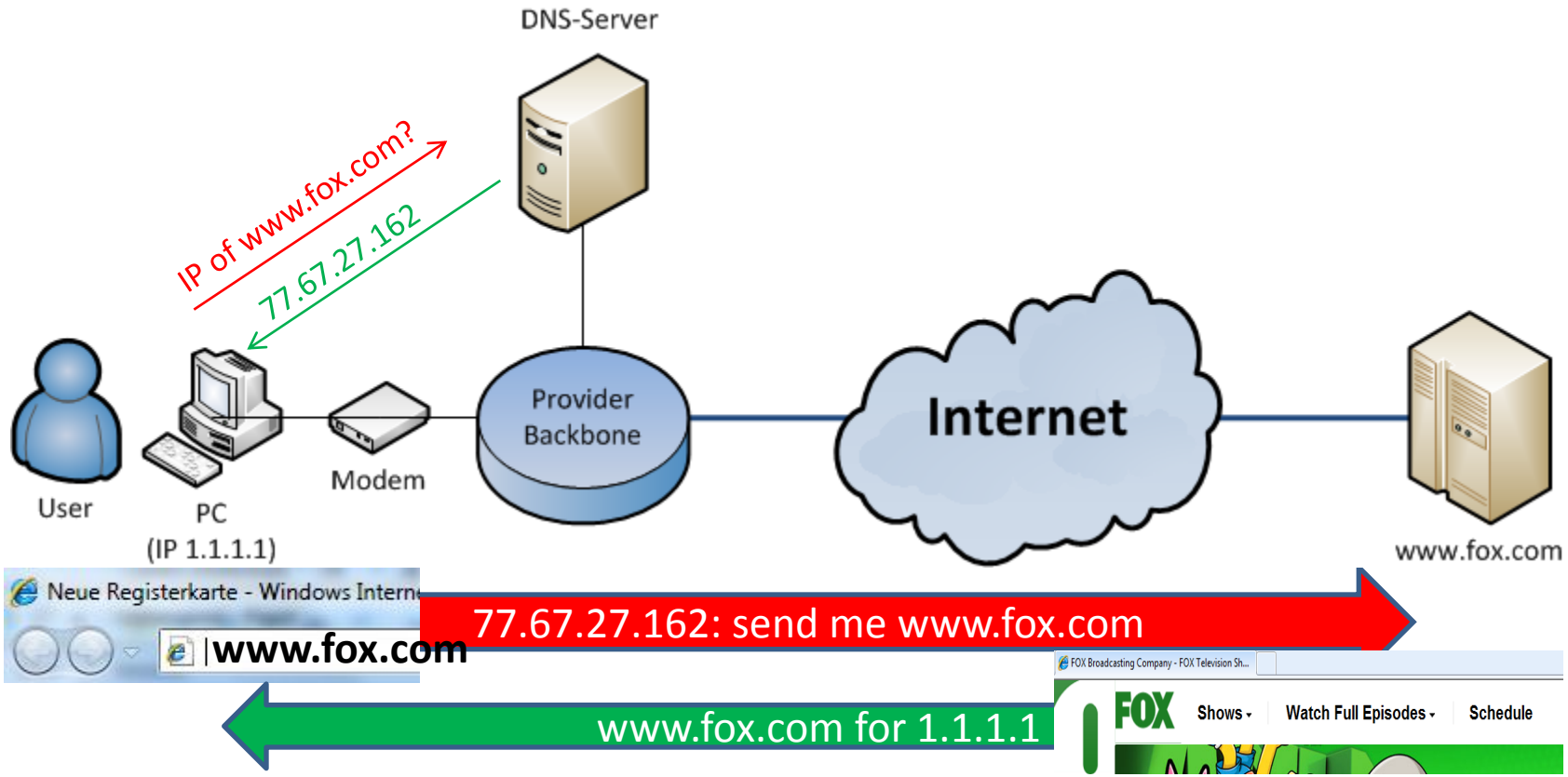
Diskussionspunkt	Position ISP	Kommentare
Fragen an den Gesetzgeber bei «Verbesserungs-» Massnahmen entgegen der heutigen Rechtslage	• Welche aktiven Massnahmen seitens der ISP vertragen sich bzw. vertragen sich nicht mit dem Grundrechtsanspruch jedes Einzelnen auf Achtung seines Fernmeldeverkehrs und auf Schutz vor Missbrauch seiner persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 1 und 2 BV)?	Diese Fragen stellen sich heute gar nicht, weil heute für die ISP ein klarer formeller Rahmen bei der Rechtsdurchsetzung besteht und sie bei der Ausgestaltung ihrer Dienstleistungen die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen.
	• Welche aktiven Massnahmen seitens der ISP verstossen bzw. verstossen nicht gegen die gesetzliche Pflicht jeder Person, die mit fernmeldedienstlichen Aufgaben betraut ist, Fakten über den Fernmeldeverkehr geheim zu halten (Art. 43 FMG)?	
	• Welche aktiven Massnahmen seitens der ISP zur Eindämmung von Urheberrechtsverletzungen im Internet setzen diese bzw. deren Mitarbeitende einem bzw. keinem Risiko der eigenen Strafverfolgung aus (Art. 321ter StGB)?	
	• Wie weit kann ein ISP z.B. Daten über „Heavy Infringing Users“ sammeln und zum Schutz von Drittinteressen (d.h. Rechteinhabern) bearbeiten, wenn gemäss aktueller BGer-Praxis (1C_285/2009 vom 8.9.2009 i.S. Logistep) schon das quantitative Sammeln von Informationen über dynamische IP-Adressen gegen das DSG verstösst?	
Technische und operative Herausforderungen bei Eingriffen in den Internetverkehr	• Wann ist eine gesetzlich vorgesehene technische Massnahme des ISP effizient, absichtsorientiert wirksam und die damit verbundenen «Kollateralschäden» verhältnismässig im Grundrechtsverständnis?	Es muss dazu eine objektive Wirkungs- und Nutzungsanalyse stattfinden.
	• Können Rechtssicherheit und ausschliesslich staatliches Instruktionsregime bei der Rechtsdurchsetzung weiterhin gewährleistet werden?	

Kausalhaftung: Was heisst das?

Diskussionspunkt	Position ISP	Kommentare
Dogmatik der ISP-Kausalhaftung	• ISP-Kausalhaftung ist kein Mittel des formellen Rechtsschutzes, sondern eine Verschiebung des tatsächlichen Rechtsschutz-Risikos hin zu den ISP (es geht um die Änderung von materiellem Recht).	Es geht also nicht um eine blosse Verbesserung der Rechtsdurchsetzung.
Konzeptionelle Folgen für Verhältnis ISP und Konsument	• Sandwich-Position der ISP und System des objektiven Zwangs zur Neutralität werden zu Gunsten der Rechteinhaber aufgehoben.	Enorme Auswirkungen auf das Verhältnis des Konsumenten zum ISP und auf den Konsum von Daten über das Internet. ISP muss Illegalität einer Site beurteilen, was er a) nicht kann und b) in einem Rechtsstaat auch nicht tun sollte.
	• Rechtsdurchsetzungslast/-anreiz für Rechteinhaber fällt im theoretischen Extremfall insgesamt weg, weil dies dem ISP obliegt.	
	• Faktisch wird der ISP anstelle des staatlichen Rechtsverfolgers und Rechtsdurchsetzers zum umfassenden Rechteschützer.	
	• ISP muss – unter Inkaufnahme von individueller Willkür zu Lasten der Konsumenten – für die Erzielung der für ihn grösstmöglichen Sicherheit alleine bestimmen dürfen, wie er dieses «Rechteschützen» operativ und technisch umsetzen will.	
Technische und operative Herausforderungen einer Überwachung für ISP	• Automatische technische Überwachungslösungen sind enorm fehleranfällig und willkürlich, was mit hohen Image-Risiken der ISP verbunden ist. • Personengeleitete Überwachungen sind für ISP belastend und in gleichem Masse gefährlich und missbrauchsanfällig wie in Banken der persönliche Zugang von Mitarbeitern zu sensiblen Bankdaten. • Technische und operative Schwierigkeiten, eine Massenkriminalisierung der gesamten ISP-Kundschaft bzw. das Entstehen eines „Schnüffler“-Images beim ISP zu verhindern.	Es geht um eine immense Datenmenge. Die dazu notwendigen, sehr teuren und leicht umgehbaren Massnahmen werden heute nur von Staaten wie China, Nordkorea, etc. praktiziert.

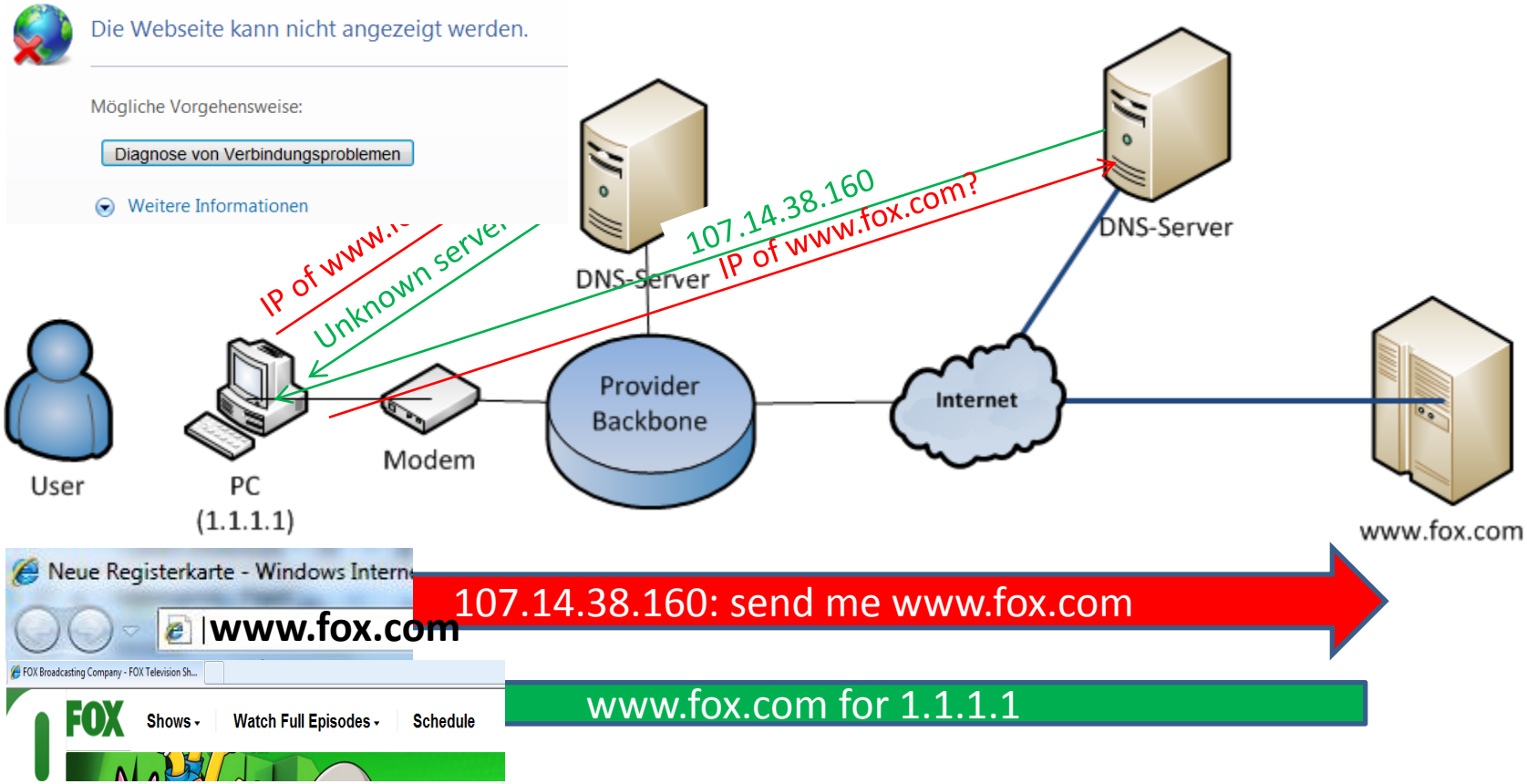
Verbindungen im Internet

Zugang zum Internet (vereinfachte Darstellung)



DNS «Blocking» (1/3)

DNS «Blocking» (inkl. Umgehung, vereinfachte Darstellung)



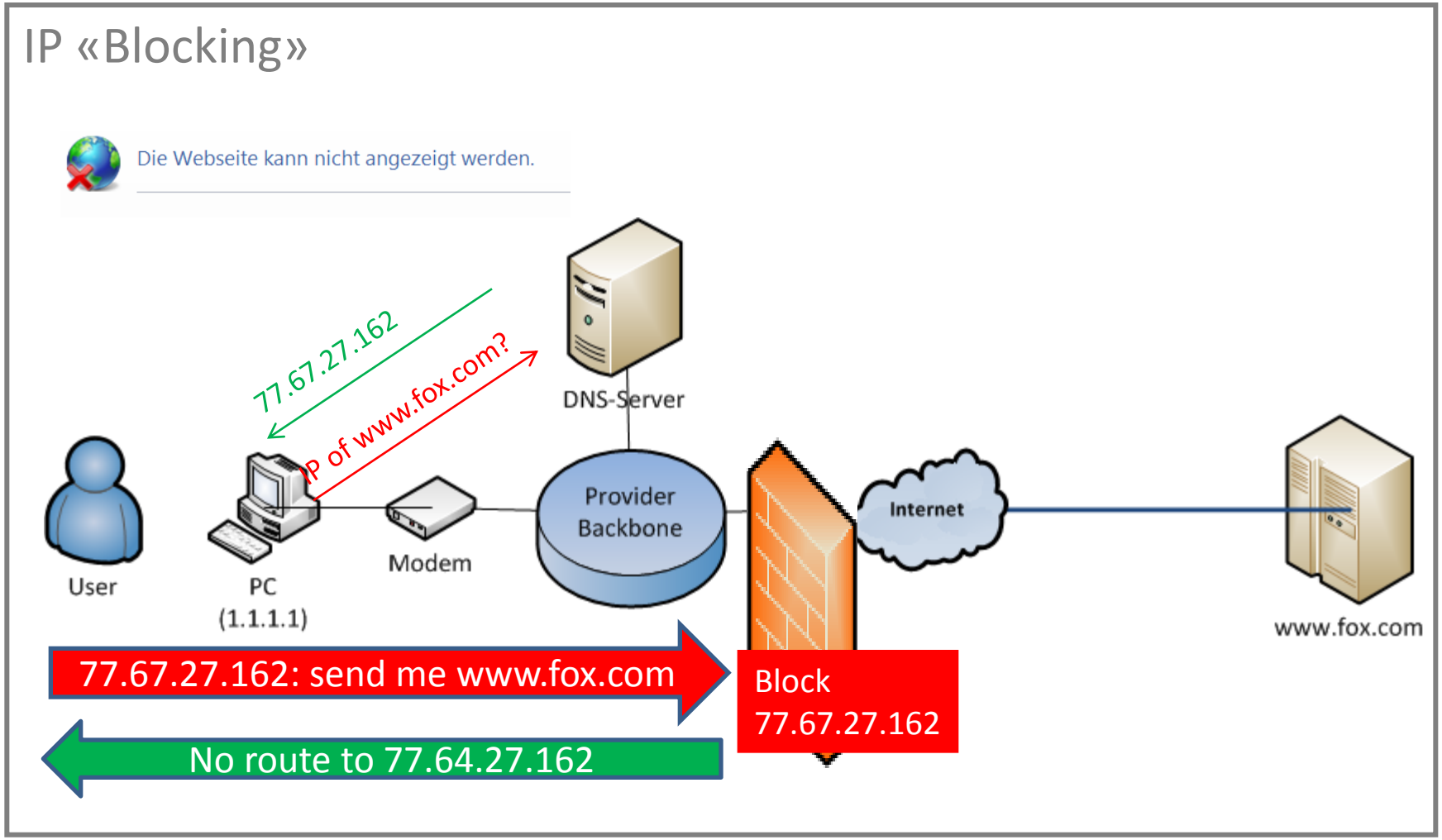
DNS «Blocking» (2/3)

- Massnahme: DNS «Blocking»
- Wirkung:
  - Anfrage für Zugang zu einer Internetseite wird negativ beantwortet, die Seite wird «versteckt», bzw. umgeleitet
  - gering, weil Domain gewechselt werden kann
  - hohe Kosten für laufende Anpassungen
  - keine Transparenz für den Kunden, weshalb eine DNS «geblockt» wird

DNS «Blocking» (3/3)

- Nutzen:
  - keine physische Blockade wie beim IP-Blocking (vgl. dazu nachfolgend)
  - DNS-Eintrag ist nur nicht mehr leicht bzw. direkt auffindbar
  - leicht zu umgehen (Änderung DNS-Server-Einträge im PC und in der Router-Konfiguration, Hinzufügen der versteckten Seite zu den .host-Dateien, Zugang via eigenem DNS-Server, Proxy-Server oder VPN)
  - ganze Domain und damit auch unbeteiligte Dienste werden blockiert (d.h. auch Nutzungen, die legal sind)
  - keine Präzision bei der Verfolgung illegaler Aktivitäten

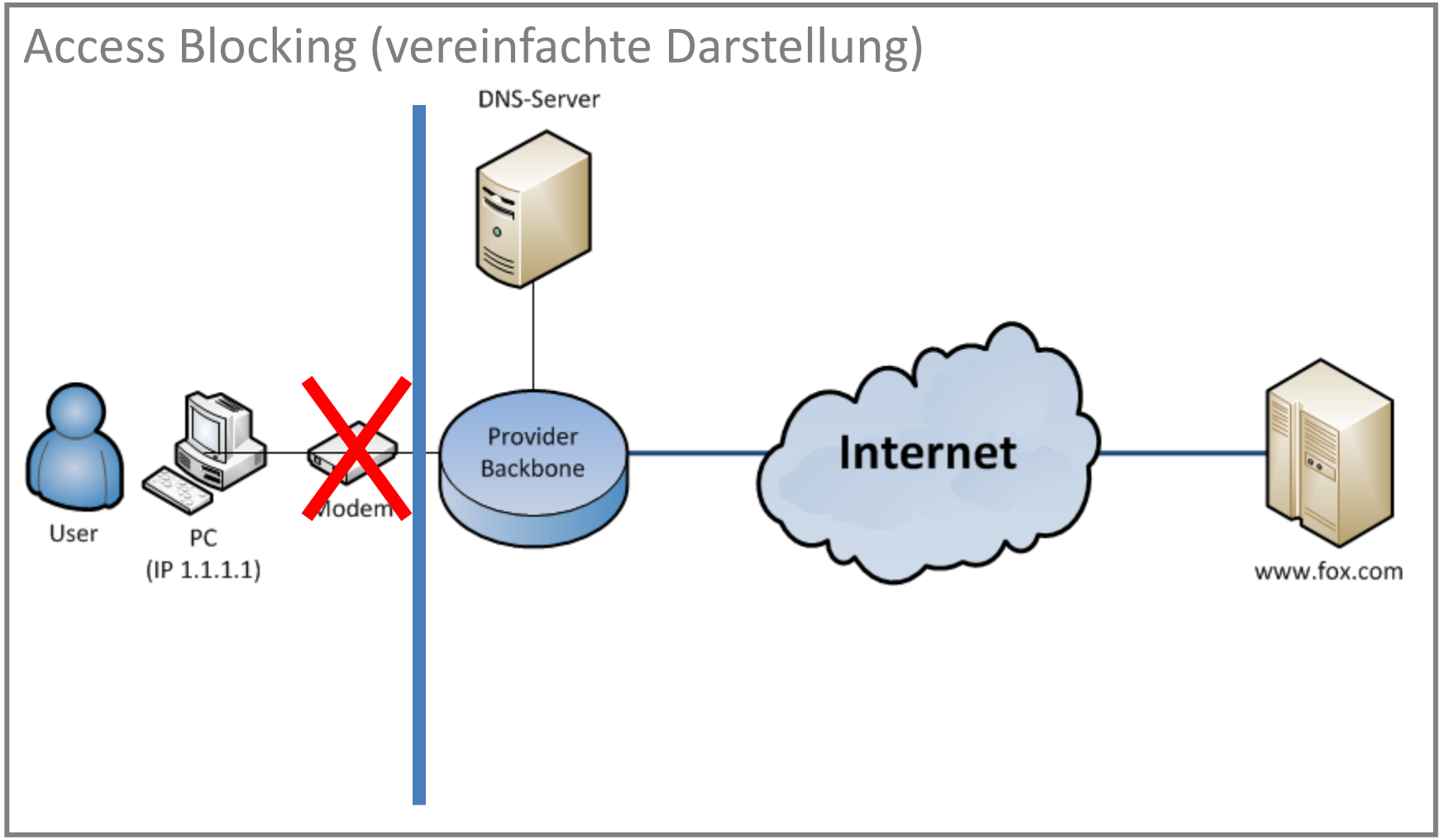
IP Blocking (1/2)



IP-Blocking (2/2)

- Massnahme: IP «Blocking»
- Wirkung:
  - Server sind (vorübergehend) nicht erreichbar
  - gering, weil IP-Adressen schnell gewechselt werden können
  - hohe Kosten für unzählige, laufend wechselnde IP-Adressen (eine Seite kann auf mehreren Servern je mit eigener IP-Nummer betrieben werden)
- Nutzen:
  - gering, da leicht zu umgehen (Zugang Proxy-Server oder VPN, Zugang über eine nicht-geblockte IP)
  - unbeteiligte Seiten werden blockiert (ein Server kann viele Webseiten gleichzeitig „hosten“)

Access Blocking (1/3)



Access Blocking (2/3)

- Massnahme: Access Blocking
- Wirkung:
  - ISP sperrt den Internet Zugang physisch anhand einer IP-Adresse oder der Kupferleitung
  - Zugang zum Internet ist komplett gesperrt (inkl. VOIP-Services, Notrufe, etc.)
  - jeder potenzielle Nutzer des Zugangsequipments ist betroffen (z.B. alle Mitglieder eines Haushalts, für die elektronische Kommunikation bestehen für diese keine Ausweichmöglichkeit mehr)

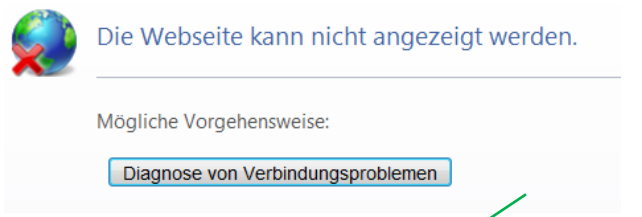
Access Blocking (3/3)

- Nutzen:
  - über die betroffene Internetzuganginfrastruktur des ISP können keine illegalen Urheberrechtsnutzungen mehr stattfinden – aber auch keine legalen mehr
  - Investitionen des ISP werden gefährdet

Monitoring bei Kausalhaftung (1/3)

Traffic analysis and blocking

Traffic analysis	
www.admin.ch	ok
www.fox.com	Block



77.67.27.162

IP of www.fox.com?

DNS-Server

User

PC

Modem

Provider Backbone

Internet

www.fox.com

77.67.27.162: send me www.fox.com

Access to www.fox.com blocked

Monitoring bei Kausalhaftung (2/3)

- Massnahme: Kausalhaftung ISP für illegale Werknutzung
- Wirkung:
  - ISP muss Internet-Verkehr weitestgehend möglich aktiv und selbständig zum eigenen Schutz überwachen
  - ISP muss im Verdachtsfall zum eigenen Schutz sofort IP Adresse oder Internet Access blockieren
  - jeder Konsument ist betroffen und überwacht
  - Verzögerungen durch das Monitoring gefährden Echtzeit-Anwendungen (z.B. Telemedizin)
  - > 50m Investitionen (ohne Speicher, ohne den keine Auswertung möglich ist)
  - > 2m p.a. Betrieb plus ca. 30 bis 50 Mitarbeiter pro ISP

Monitoring bei Kausalhaftung (3/3)

- Nutzen:
  - gering, da ISP „kaffeesatzlesen“ muss in Millionen von Einzelverbindungen und bei Verschlüsselung (SSL) „blind“ ist
  - Reverse Engineering aller Internetangebote notwendig um herauszufinden, welche Dienste auf welchen Ports übermittelt werden
  - nur mit immensen Speichern ist die Analyse der Inhalte möglich (nicht in Echtzeit); Vergleich mit Datenbanken nötig (z.B. Hash von audiovisuellen Dateien)
  - nach alledem müssen noch Abklärungen in der Privatsphäre vorgenommen werden (z.B. gerade bei P2P-Beziehungen, die ansonsten nicht entdeckt werden)

Alert Systeme (1/4)

- Massnahme: Graduated Response- oder Alert Systeme
- z.B. US Copyright Alert System:
  - ISP muss einen aufgrund einer IP-Adresse adressierbaren Kunden zweimal abmahnen mit dem Hinweis, wie file sharing-Software vom PC entfernt werden kann;
  - es folgt eine weitere Abmahnung zusammen mit einer automatischen Umlenkung des Browsers auf eine Homepage, wo ein Video über Urheberrecht und die Konsequenzen von Verletzungen abgespielt wird;
  - der Kunde kann sich nur befreien, indem er einen «Acknowledgment Button» drückt;

Alert Systeme (2/4)

- falls die Verletzungen weiter gehen, kann der Kunde eine Review des Falls bei der «American Arbitration Association» beantragen oder der ISP reduziert die Geschwindigkeit des Internet Anschlusses;
- falls die Verletzungen nach der sechsten Abmahnung weitergehen, muss der ISP keine weiteren Massnahmen mehr unternehmen und
- der Rechteinhaber muss einen Gerichtsentscheid erlangen, der den ISP verpflichtet, den Namen und die Kontaktdaten des Kunden herauszugeben, über dessen IP-Adresse sich die Verletzungen angeblich ereignen.

Alert Systeme (3/4)

- Wirkung:
  - Alerts sensibilisieren die Masse und damit vor allem auch Einmaltäter oder Mitläufer
  - Streuverluste sind gross (Adressaten sind auch offensichtliche Nicht-Täter)
  - «Kollateralschäden» sind je nach Ausgestaltung erheblich oder weniger erheblich (temporärer Zwang, Geschwindigkeitsreduktion, Access Sperre)
  - es müssen die administrativen und technischen Rahmenbedingungen geschaffen werden (inkl. zentralen Beschwerdeinstanzen für Kunden)

Alert Systeme (4/4)

- Nutzen:
  - umstritten, ob damit die tatsächlichen Täter von Verletzungspraktiken abgehalten werden, da die technischen Umgehungsmöglichkeiten (z.B. über VP oder TOR-Netzwerke; mobile Netze) manigfaltig sind;
  - «Our data shows that current anti-piracy efforts are visible but their overall impact appears to be rather limited. Furthermore, our analysis of the file-sharing ecosystem suggests that future antipiracy measures that are currently under discussion may not be as successful as their proponents might expect».

(vgl. dazu z.B. Northeastern University, Boston & TU Wien, Clickonomics: Determining the Effect of Anti-Piracy Measures for One-Click, http://de.scribd.com/doc/119451991/clickonomics-ndss2013)

Zusammenfassung (1/2)

- ISP setzen heute nur in ganz engen Bereichen technische Massnahmen ein:
  - Access Blocking beim Spamversand (nach Art. 83 FDV – Pflicht zur Eindämmung unlauterer Massenwerbung) und bei DDOS-Attacken auf das eigene Netzwerk (nach Art. 6 Abs. 3 FDV – zum Schutz der Infrastruktur) sowie
  - DNS «Blocking» bei Kinderpornographie (auf staatliche Anordnung/KOBIK) hin.
- *e contrario* sind in anderen Bereichen keine selbstständigen technischen Massnahmen zulässig und
- für den ISP besteht kein Freiraum zur Selbstregulierung.

Zusammenfassung (2/2)

- Auch der Gesetzgeber kann den verfassungsmässigen Interessenausgleich nicht beliebig übersteuern mit einem einseitigen Eingriff zugunsten der Rechteinhaber:
  - eine gesetzliche Grundlage muss verhältnismässig sein;
  - es bestehen aus objektiver Sicht heute grosse Fragezeigen, ob dies möglich erscheint, da technische und operative Einschränkungen die beabsichtigte Wirkung verhindern und sogar zu ungewollten Eingriffen in weitere Rechtsgüter führen würden.
- Aufgrund des derzeit technisch Machbaren können die ISP nur die Mängel von Überwachungs- und Sperrmassnahmen aufzeigen und sehen keinen Weg für Vorschläge für objektiv verhältnismässige gesetzliche Anpassungen.

Catch-up-TV

Was bieten die Internet-TVs?

1. März 2013

SRG SSR

RSI RTR RTS SRF

Zahlreiche Anbieter buhlen um die mobilen TV-Zuschauer in der Schweiz

Catch- up – TV: What‘s that ?

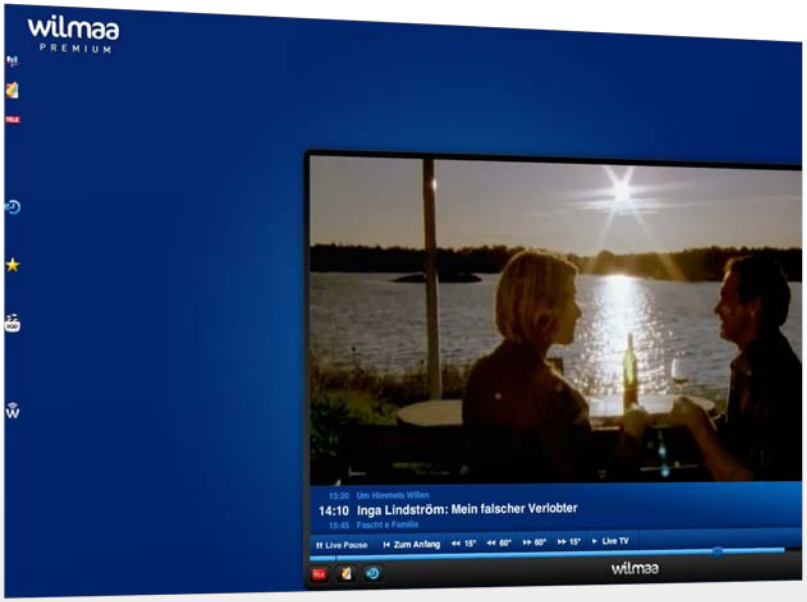
- ***Der längste Videorekorder der Welt***
  Mit Wilmaa Premium kannst du alle Sender 24 Stunden am Tag 7 Tage lang aufnehmen. Über den Premium EPG hast du Zugriff auf all deine Aufnahmen mit bis zu 34'224 Stunden TV Material.

Zattoo HiQ - Kostenpflichtig

Zusatzfunktionen:

- Catch-up-TV – Bis zu 7 Tagen zurück (individueller Startpunkt der Aufnahmen)
- Kosten: 1 Monat 8 CHF, 1 Jahr 65 CHF

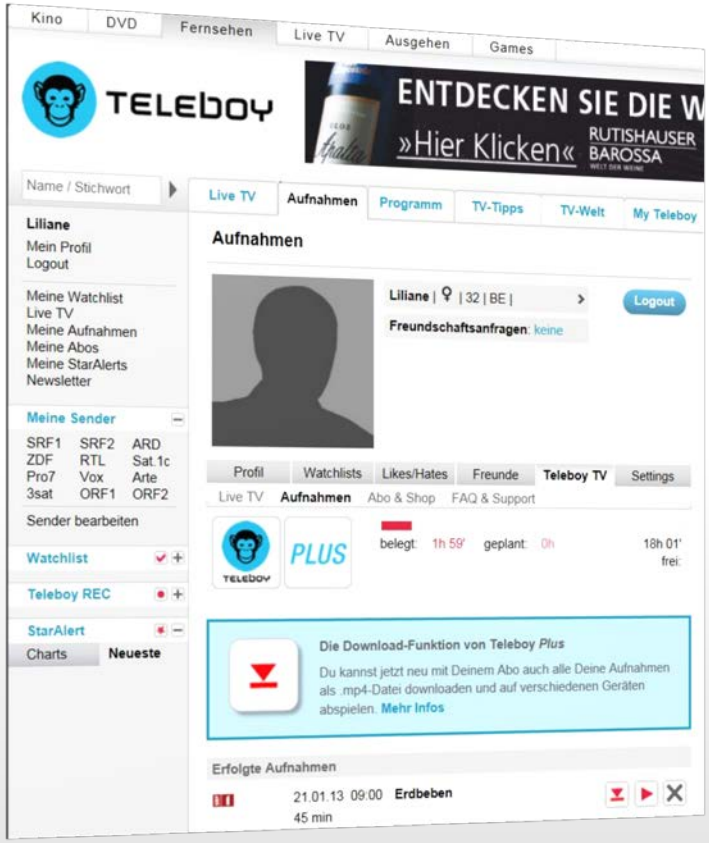
Wilmaa Premium - Kostenpflichtig



Zusatzfunktionen:

- Live-Pause
- Vor- und zurückspulen möglich
- Zurück zum Start möglich
- Time Machine als Catch-upTV-Funktion (nimmt alle Sendungen bis zu 7 Tagen zurück auf)
- Fast Zapping
- Kosten: 8.80 CHF pro Monat, 79 CHF pro Jahr

Teleboy Plus - Kostenpflichtig



- Catch-up-TV-Funktion bis 7 Tage zurück (30 Sender)
- Download-Möglichkeit
- Erweiterter Speicherplatz
- Kosten: 7.50 CHF pro Monat, 66 CHF pro Jahr

AGUR 12 – 13.03.2013

Art. 19 URG **Verwendung zum Eigengebrauch**	**Art. 19 LDA** **Utilisation de l'oeuvre à des fins privées**
Neuer Absatz 3ter : Nicht zulässig ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung eines Programms im Sinne von Art. 2 Lit. a RTVG, wenn die Kopiermöglichkeit und Speicherkapazität von einem Dritten auf einem zentralen Speicher in Form eines „virtual Personal Video Recorder" (vPVR) oder„hosted" PVR zur Verfügung gestellt wird.	Nouvel alinéa 3 ter: N'est pas autorisée la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'un programme au sens de l'art. 2 lit. a LRTV lorsque la possibilité de copie et la capacité de mémoire sont mises à disposition par un tiers sur une mémoire centrale par le biais d'un enregistreur numérique virtuel (virtual Personal Video Recorder ou vPVR) ou d'un « hosted » PVR.

Erklärung :

Die technologische Entwicklung lässt heute zu, dass Plattformen (wie bspw. Zattoo, Wilma, Bluewin TV, Sunrise, etc.) Radio- und Fernsehsendungen zentral aufzeichnen und als sogenannte Recorderdienste dem Publikum für die zeitverschobene Nutzung anbieten. Eine Zustimmung der Rechteinhaber ist dafür gemäss aktueller Urhebergesetzgebung nicht nötig. Diese Situation ist in Europa einzigartig. Dabei berufen sich diese Plattformen auf die Privatnutzung gemäss Urheberrechtsgesetz. Die Regelung im Urheberrechtsgesetz trägt diesen technologischen Entwicklungen heute nicht mehr Rechnung. Aufgezeichnete Sendungen werden durch das

Publikum ohne Werbung genutzt und können jederzeit und beliebig häufig angeschaut werden. Das extensive Anbieten solcher Recorderdienste tangiert damit die Refinanzierungsmodelle der Rundfunkveranstalter. Von fehlenden Werbeeinnahmen oder dem Wegfallen der DVD-Verkäufe sind alle Rechteinhaber betroffen, weil weniger Einnahmen für die Finanzierung der Rechte zur Verfügung stehen. Für die SRG stellt sich auf Grund dieser speziellen Situation zudem die Frage nach dem Bedarf einer Gebührenerhöhung. Mit einer gesetzlichen Verpflichtung, dass zentrale Recorderdienste für Radio- und Fernsehangebote die Zustimmung der Rundfunkveranstalter benötigen, können die oben beschriebenen Nachteile durch die Branche selber korrigiert werden.

IG ISP/Swissstream/Swisscable

AGUR 12 – Sitzung «Urheberrechtsschranken» vom 13. März 2013

Privatkopie beim zeitversetzten Fernsehen – Bestand und Durchsetzung der Schranke

Inhaltsübersicht

- Bestand der Schranke (Gutachten Prof. Florent Thouvenin)
- Vollzugsproblem: Sendeunternehmen erzwingen vertragliche Einschränkungen und Vergütungen durch Verschlüsselung

Bestand der Schranke

Privatkopie auch bei Beizug eines Dritten (Deckungsgleichheit der Befugnisse)

Kein Verstoss gegen den Dreistufentest

Vollzugsproblematik (1/4)

- Verschlüsselung zur Durchsetzung individueller Verträge:

Vergütung für die Weitersendung („Entschlüsselungsgebühr“)
kein netzbasierter Videorekorder
kein Vorspulen aufgenommener Sendungen
aber: Verbreitung nur im freien Fernsehen (ohne Entgelt)

Vollzugsproblematik (2/4)

- Verwertungszwang nach Art. 22 URG:

Anspruch auf Lizenz zur Weitersendung

technischer Ausschluss der Empfangbarkeit gibt nur Verbotsrecht

individuelle Verwertungshandlungen sind nur im Abonnementsfernsehen möglich / kein Lahmlegen des freien Fernsehens

Vollzugsproblematik (3/4)

- Konsequenz der kollektiven Verwertung:

keine Verträge zwischen Sendeunternehmen und TV-Anbietern

vereinbarte Vergütungen für die Weitersendung sind nichtig

Privatkopie ist zwingend: Vergütungen und Einschränkungen sind nichtig

Genussverschaffungspflicht als Grundsatz im Lizenzvertragsrecht

Zulassen der Aushebelung der kollektiven Verwertung führt zu:

Wettbewerbsverzerrung zulasten öffentlich-rechtlicher Sender

Doppelbelastung beim TV-Anbieter

Vollzugsproblematik (4/4)

- Fazit:

kollektive Verwertung sichert Ausübung der Schranken im digitalen Zeitalter

Verwertungsgesellschaften und Aufsichtsbehörden müssen aktiv werden und Diskriminierungen verhindern (Rückbehalt von Vergütung, Art. 70 URG)

Backup

(Manuskript der mündlichen Präsentation vom 13.3.2013)

Manuskript: Übersicht

- Die ESchK hat die Zulässigkeit des zeitversetzten Fernsehens als Privatkopie bejaht. Dabei hat es auch den Drei-Stufen-Test angewendet und entsprechend eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen. Prof. Florent Thouvenin, an der Universität St. Gallen Assistenzprofessor für Immaterialgüter- und Informationsrecht und Direktor der Forschungsstelle für Informationsrecht, hat ein detailliertes Gutachten erstellt, das den Verfahrensbeteiligten und der Spruchbehörde vorgelegen hat und nun auch den Mitgliedern der AGUR12 zugestellt wurde.

- Kaum ist der Bestand der Schranke der Privatkopie auch für die TV-Aufnahme bestätigt, sehen sich die TV-Anbieter in der Schweiz damit konfrontiert, dass die von der ESchK bejahte Privatkopie bereits wieder ausgehebelt werden soll. Bestimmte ausländische Sendeunternehmen verschlüsseln ihre Programme. Damit wollen sie erreichen, dass die TV-Anbieter für die Weitersendung Verträge mit ihnen eingehen müssen. In diesen Verträgen werden dann Vergütungen erhoben, netzwerkbasierte Videorekorder verboten und das Spulen innerhalb von Aufnahmen untersagt. Die geltende Urheberrechtsordnung sieht eine Lösung für diese Nutzungsschranken vor. Wie so oft bedarf es aber einer konsequenten Durchsetzung, um den Interessenausgleich auch zu erreichen. Andernfalls drohen Wettbewerbsverzerrungen und Mehrfachbelastungen.

Manuskript: Verschlüsselung

- Bestimmte Sendeunternehmen verschlüsseln ihre Signale und machen die Entschlüsselung von einer individuellen Vereinbarung abhängig. In dieser Vereinbarung lassen sie sich die Weitersendung abgelten. Zudem legen Sie den TV-Anbietern Einschränkungen in der Aufnahme und der Wiedergabe auf. Etwa das Verbot zentraler Speicher beim netzbasierten PVR und das Verbot des Vorspulens in den Aufzeichnungen.
- Wohlgemerkt, wir sprechen hier nicht von Abonnementsfernsehen, bei welchem der Konsument für die Inhalte der Programme bezahlt. Es handelt sich um klassisches werbefinanziertes Privatfernsehen. Die Sendeunternehmen verlangen sogar ausdrücklich von den TV-Anbietern, dass die Programme zusammen mit den öffentlich-rechtlichen Programmen im Paket als freies Fernsehen den Kunden abgegeben werden müssen und die Kunden kein Entgelt bezahlen dürfen. Teilweise sind diese Programme nur in HD-Auflösung verschlüsselt, während sie in Standard-Qualität ohne faktischen Vertragszwang frei empfangbar sind.
- Die Strategie dieser Sendeunternehmen ist klar: Wenn bereits die Verbreitung der Programme individuell lizenziert werden muss, dann können beliebige Vertragsbedingungen aufgestellt werden und muss auch keine Privatkopie ermöglicht werden.
- Eine solche angestrebte Kette vertraglicher Vereinbarungen lässt das geltende System der zwingend kollektiven Verwertung bei konsequenter Auslegung zum Glück jedoch nicht zu.

Manuskript: Verwertungszwang

- Art. 22 URG schafft einen Zwang zur kollektiven Verwertung bei der Weitersendung. Die Verwertungsgesellschaften dürfen die Nutzung nur untersagen, wenn keine Vergütung bezahlt wird. Zahlt ein TV-Anbieter die tariflich vorgesehen Vergütung, hat er Anspruch auf Erteilung einer Lizenz für die Weitersendung. Das Ergebnis ist dasselbe wie bei einer gesetzlichen Lizenz (BGE 133 III 579), d.h. das Sendeunternehmen kann sich einer Weitersendung nicht widersetzen.
- Die Regelung von Art. 22 URG gilt nicht, wenn die Programme nirgends in der Schweiz empfangbar sind. Der Programmveranstalter kann sich also entscheiden, durch Verschlüsselung sein Programm gänzlich der Empfangbarkeit und damit der Weitersendung in der Schweiz zu entziehen.
- In der Regel will aber ein werbefinanziertes Programm gerade eine grösstmögliche Verbreitung. Der Sender kann dies durch die Abgabe von Decoderkarten für den freien Empfang in der Schweiz erreichen. Oder er stellt das Signal einem Kabelnetzbetreiber zur Verbreitung im freien Fernsehen zur Verfügung. In diesen Fällen gelangt GT 1 nach seinem klaren Wortlaut zur Anwendung, wie es auch das Bundesgericht bestätigt hat (BGE 133 III 579, Ziff. 2.1 Abs. 1 und 5 GT 1).
- Die Verhinderung der Empfangbarkeit durch Verschlüsselung gibt dem Sendeunternehmen somit lediglich eine Abwehrmöglichkeit, die Weiterverbreitung ganz zu verhindern. Will das Sendeunternehmen jedoch das Programm an die Konsumenten verbreiten, unterliegt die Einräumung des Weitersenderechts der kollektiven Verwertung. Dahinter steht die Zwecksetzung von URG 22: einzelne Rechteinhaber sollen nicht durch die Ausübung ihres Verbotsrechts ganze Kabelnetze (mit freiem Fernsehen) lahm legen können (BGE 133 III 573).
- Etwas anderes gilt nur, wenn das Sendeunternehmen Abonnementsfernsehen vermarkten will. Daran besteht ein schützenswertes Interesse zugunsten der individuellen Verwertung, wie es Art. 22 Abs. 3 URG ausdrücklich festhält.
- Zusammengefasst kann sich das Sendeunternehmen dann nicht mehr der kollektiven Verwertung entziehen, wenn es Programme empfangbar machen will, und zwar im freien Fernsehen.
- Dies gilt auch dort, wo das Programm bereits in Standard-Qualität frei empfangbar ist und nur noch die Variante in HD-Qualität in verschlüsselter Form vermarktet werden soll. Denn das Urheberrecht stellt infolge seiner Technologieneutralität auf das (frei) empfangbare Programm (Inhalt) ab und nicht auf die Qualität des Signals (technisches Verfahren).

Manuskript: Konsequenz

- Die Verwertungsgesellschaften benötigen im Bereich von Art. 22 URG keine rechtsgeschäftliche Grundlage in Form von Verträgen mit Rechteinhabern (BGE 133 III 577).
- Die Erlaubnis zur Weitersendung wird dem TV-Anbieter nur durch die Verwertungsgesellschaften erteilt. Diese dürfen keine zusätzlichen Bedingungen aufstellen, die über die Bezahlung der Vergütung hinausgehen.
- Im Ergebnis erfolgt die Weitersendung bei der kollektiven Verwertung ohne individuelle Verträge zwischen den Sendeunternehmen und den TV-Anbietern. Allfällige abweichende Verträge sind wegen des zwingenden Charakters der kollektiven Verwertung nichtig (Art. 40 URG).
- Dies gilt namentlich für vertraglich vorgesehene Vergütungen für die Weitersendung (Art. 40 URG). Und zwar auch dann, wenn diese Vergütungen als „Entschlüsselungsgebühr“ bezeichnet werden. Werden weitergesendete Programme aufgenommen, kommt der Privatkopie zwingender Charakter zu. Abweichende Bestimmungen und Vergütungen sind dann ebenfalls nichtig (BGE 127 III 26, E. 4; analog Art. 9 Abs. 2 PatG). Gerade die zulässige Speicherung in netzbasierten Aufnahmegeräten und Einschränkungen beim Vorspulen (in den günstigen Varianten gemäss GT 12) sind als Konkretisierungen unter dem Drei-Stufen-Test bereits abschliessend in GT 12 geregelt.
- Als allgemeiner Grundsatz des Lizenzvertragsrechts gilt, dass der Lizenzgeber dem Lizenznehmer die Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand verschaffen muss, sog. Genussverschaffungspflicht. Dies gilt auch für den Bereich der sog. konditionalen Lizenzen, also bei gesetzlichen Lizenzen und Zwangslizenzen. Besteht eine Pflicht zur Gewährung einer Lizenz (und kann diese vertraglich nicht eingeschränkt werden), hat der Lizenzgeber also den Lizenznehmer in die Lage zu versetzen, den lizenzierten Gegenstand tatsächlich nutzen zu können
- Damit hat die Verwertungsgesellschaft das Signal dem TV-Anbieter zur Verfügung zu stellen. Da sie dies nicht selbst tun können, müssen sie sicherstellen, dass die Rechteinhaber – für die sie die Rechte treuhänderisch wahrnehmen – dieser Verpflichtung nachkommen. Dies kann namentlich über Mitgliedschafts- und Wahrnehmungsverträge sowie in Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Schwestergesellschaften sichergestellt werden.

Manuskript: Drohende Nachteile

- Liesse man eine individuelle Vergütung für die Weitersendung und vertragliche Einschränkungen bei der Privatkopie zu, würden folgende negative Konsequenzen auftreten:
- Wettbewerbsverzerrung: öffentlich-rechtliche Sender mit einem Versorgungsauftrag sind benachteiligt, da sie geringere Einnahmen aufweisen und keine Einschränkungen der Privatkopie vornehmen können
- Doppelbelastung: TV-Anbieter bezahlen sowohl nach GT 1 und zusätzlich eine individuelle Vergütung, da der GT 1 keine Reduktion vorsieht für Programme des freien Fernsehens, die individuell verwertet werden

Manuskript: Fazit

- Die Verwertungsgesellschaften haben es in der Hand, den skizzierten Interessenausgleich unter dem geltenden Recht durchzusetzen. Zur Vermeidung von Diskriminierungen sind sie dazu auch verpflichtet (Art. 45 Abs. 2 URG). Durchgesetzt werden kann die Genussverschaffungspflicht durch die Zurückbehaltung von Vergütungen an die Sendeunternehmen und die Strafsanktion von Art. 70 URG.
- Das aktiv angewendete System der kollektiven Verwertung kann beim zeitversetzten Fernsehen und der vorgelagerten Weitersendung somit sicherstellen, dass Schranken auch im digitalen Zeitalter effektiv ausgeübt werden können.

STIFFLER & PARTNER
Rechtsanwälte
BEILAGE 2

Universität St.Gallen

Forschungsstelle für
(FIR HSG)
Prof. Dr. Florent Thouvenin, RA
Assistenzprofessor für Immaterialgüter- und Informationsrecht, Direktor

St. Gallen/Zürich, 22. November 2012

Gutachten: Urheberrechtliche Beurteilung von „Catch-up TV"

A. Privatgebrauch unter Mitwirkung Dritter

Frage: *Fällt die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV" unter Art. 19 Abs. 1 lit. a URG? Falls dies zutrifft: Liegt ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG oder ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vor?*

1. Vorbemerkungen

Mit diesem Gutachten ist zu beurteilen, ob die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV" Urheber- und Leistungsschutzrechte verletzt, die den Rechtsinhabern der gesendeten Inhalte zustehen oder ob (und gegebenenfalls inwiefern) dieses Angebot durch die Schranken von Art. 19 URG freigestellt wird. Dabei sind zwei grundsätzliche Aspekte zu beachten, auf die vorab hinzuweisen ist.

a) Blickwinkel

Aus **Sicht der Inhaber der Urheber- und Leistungsschutzrechte** an den gesendeten Werken, Darbietungen, Aufnahmen und den Sendungen als solchen, stellt sich die Frage, ob mit der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" in ihre Ausschliesslichkeitsrechte eingegriffen wird. Aus deren Sicht scheint das Angebot von „Catch-up TV" auf den ersten Blick einem Zugänglichmachen ihrer Werke und Leistungen recht nahe zu kommen. Das **Recht auf Zugänglichmachen** ist das Recht, Werke oder Leistungen „so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben" (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG bzw. Art. 33 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG). Der zentrale Anwendungsfall dieses Nutzungsrechts ist das Zugänglichmachen von Werken oder Leistungen auf einer Website zum Abruf über Internet. Das Recht des Zugänglichmachens wird dabei durch die **Bereitstellung von Werken oder Leistungen für den Zugriff** ausgeübt, nicht erst durch deren Abruf

und die Wahrnehmung durch die Werkkonsumenten[1]. **Welche Werke oder Leistungen zugänglich gemacht werden, entscheidet stets der Anbieter**, typischerweise also der Betreiber der Website. Die Personen, denen die Werke und Leistungen zugänglich gemacht werden, können nicht bestimmen, welche Inhalte ihnen zugänglich gemacht werden. Das Zugänglichmachen ist damit in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht dadurch gekennzeichnet, dass die Inhalte vom „Zugänglichmachenden" bestimmt und von diesem vor deren Abruf zu diesem Zweck bereitgestellt werden; erst nach der Bereitstellung der Werke für den Zugriff (und damit nach Ausübung des Rechts auf Zugänglichmachen) können die zugreifenden Personen selbst bestimmen, von welchen Orten und zu welchen Zeiten sie auf die bereitgestellten Inhalte zugreifen. Bei „Catch-up TV" bestimmt der Kunde durch Wahl eines oder mehrerer Sender, welche gesendeten Inhalte er später noch ansehen kann. Dieser Entscheid erfolgt, bevor die fraglichen Inhalte vom Kunden abgerufen werden können. Da die Anbieter von „Catch-up TV" damit nicht inhaltlich über die abrufbaren Werke oder Leistungen entscheiden und ihre Handlungen denjenigen der Kunden zeitlich nachfolgen, lässt sich dieses Angebot **nicht als Zugänglichmachen** im Sinn von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG bzw. Art. 33 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG **qualifizieren**. Bestätigt wird dies auch dadurch, dass das Angebot auf eine Nutzung während 30 Stunden nach der Sendung beschränkt ist, womit kein Zugang zu einem beliebigen Zeitpunkt („Zeiten ihrer Wahl") vorliegt und die Nutzung überdies insofern örtlich beschränkt ist, als sie von höchstens vier Endgeräten des jeweiligen Kunden erfolgen kann[2]. Das Angebot setzt allerdings eine Speicherung auf dem zentralen Rechner voraus, was als **Vervielfältigung** der gesendeten Werke, Darbietungen, Aufnahmen und Sendungen zu qualifizieren ist, die unter das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG bzw. Art. 33 lit. c, Art. 36 lit. a und Art. 37 lit. c URG) der jeweiligen Rechtsinhaber fällt.

Aus **Sicht der Werkvermittler und Werkkonsumenten** stellt sich damit die Frage, ob das Gesetz die Eingriffe in die Urheber- und Leistungsschutzrechte, die mit der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" verbunden sind, durch eine Schrankenbestimmung freistellt. In Frage kommt die **Schranke des Eigengebrauchs nach Art. 19 URG**. Ob die Voraussetzungen eines zulässigen Eigengebrauchs erfüllt sind, beurteilt sich dabei nicht aus Sicht der Rechtsinhaber und auch nicht aus Sicht der Anbieter von „Catch-up TV", sondern allein aus **Sicht der Werkkonsumenten**, deren Nutzungshandlungen durch diese Schranke freigestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Werkvermittler auf die Schranke des Eigengebrauchs berufen, indem sie geltend machen, dass ihre Handlungen von dieser Schranke miterfasst und ebenfalls freigestellt werden. Dass sich die Werkvermittler auf diese Schranke berufen

---

1 DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, URG 10 N 22a; YUANSHI BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und chinesischen Urheberrechts, Bern 2004, 56; MATTHIAS HÄUPTLI, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basel 2004, 86.

2 Dass der Zugriff auch über ein mobiles Endgerät erfolgen kann, vermag an der urheberrechtlichen Qualifikation der Nutzungsart nichts zu ändern. Denn ein auf bestimmte Geräte beschränkter Zugriff wird nicht deshalb zu einem Zugriff „von Orten ihrer Wahl", weil eines dieser Geräte an beliebige Orte verbracht werden kann.

können und bei deren Anwendung die Sicht der Werkkonsumenten einzunehmen ist, hat das Bundesgericht in zwei grundlegenden Entscheiden anerkannt[3].

Bei der Beurteilung der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" ist damit entscheidend, dass der **richtige Blickwinkel** eingenommen wird. Dass nämlich mit diesem Angebot in die Ausschliesslichkeitsrechte der Rechtsinhaber eingegriffen wird, steht nicht in Zweifel. Die Frage nach der Zulässigkeit des Angebots ist damit aber nicht beantwortet. Denn der Eingriff ist gerade dann zulässig, wenn er durch die Schrankenbestimmung von Art. 19 URG freigestellt wird. Ebendiese Frage beurteilt sich aus Sicht der zum Eigengebrauch Berechtigten, also der Werkkonsumenten und – im Fall von Art. 19 Abs. 2 URG – der hierzu beigezogenen Dritten. Dieser Blickwinkel ist in der nachfolgenden Beurteilung einzunehmen.

b) Auslegung und Anwendung von Art. 19 URG

Die geltende Regelung von Art. 19 URG wurde mit der letzten Totalrevision des URG in den späten 80er und frühen 90er Jahre erarbeitet. Trotz der grundsätzlichen Technikneutralität des Gesetzes ist eine Reihe von Regelungen Ausdruck der Fragestellungen und Probleme einer analogen Welt. Dies gilt auch – und gerade – für die Schranke von Art. 19 URG. Die Regelung wurde denn mit der Teilrevision des URG von 2006 auch in einzelnen Punkten revidiert. Zentrale Fragen der Anpassung an das digitale Umfeld, etwa die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des privaten Downloads[4], wurden aber gerade nicht im Gesetzestext normiert, sondern der Anwendung der bestehenden Regelung auf das digitale Umfeld überantwortet. Die im Parlament hierzu geführte Debatte zeigt dabei, dass sich der Gesetzgeber bewusst war, dass die bestehenden Regeln nicht in allen Fällen unbesehen auf das digitale Umfeld angewendet werden können[5], sondern eine **zeitgemässe Auslegung** erforderlich ist, die den **technischen Veränderungen** und den damit einhergehenden, **neuen Nutzungskonstellationen** angemessen ist[6].

Diesem methodischen Ansatz folgt auch das **Bundesgericht**. Als es sich in einem Entscheid von 1982 mit der damaligen Regelung des Privatgebrauchs in Art. 22 aURG auseinanderzusetzen hatte, stellte es klar, dass eine einschränkende Auslegung der Bestimmung aufgrund

---

3 Unter dem geltenden URG: BGE 133 III 473; BGE 128 IV 201.

4 Die Zulässigkeit des Downloads ist nach der Teilrevision des URG von 2007 weitgehend unbestritten; siehe dazu: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 7b; CHRISTOPH GASSER, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006, URG 19 N 10; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rn. 220 und 223. CYRIL P. RIGAMONTI, Eigengebrauch oder Hehlerei? Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int. 2004, 281 und 286; IVAN CHERPILLOD, La révision sur la loi du droit d'auteur, Jusletter 11.2.2008, Rn. 10; JACQUES DE WERRA, Téléchargements d'œuvres protégés, l'imputé maintenue, Medialex 2006, 17; TOBIAS BAUMGARTNER, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Zürich 2006, 200; HÄUPTLI, 114; A.M. MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, URG, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 19 N 19, unter Verweis auf die Rechtslage im Ausland.

5 Siehe dazu: Amtl.Bull. NR 2007, 1203.

6 Botschaft, BBl 2006, 3395; GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 11.

von Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht haltbar sei. Wörtlich führte es aus: „Dass Art. 22 URG sich nach seiner Entstehungsgeschichte nur auf den Gebrauch dessen bezieht, der die Wiedergabe des Werkes vornimmt (...) und dass sich dafür auch die romanischen Gesetzestexte anführen lassen (...), rechtfertigt jedenfalls aus heutiger Sicht eine derart einschränkende Auslegung nicht; sie wäre mit dem vernünftigen Sinn und Zweck des Gesetzes schon angesichts der einfachen und billigen Vervielfältigungsmethoden, welche die Technik inzwischen geschaffen hat, nicht zu vereinbaren"[7]. Als Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass die **Auslegung nicht „beim Wortlaut der Bestimmung stehen" bleiben** dürfe, sondern vielmehr „nach dem **Sinn und Zweck** sowie nach den Wertungen (zu erfolgen habe), auf denen unter den **heutigen Verhältnissen** die Geltung der Norm beruht"[8]. In Anwendung dieser zeitgemässen, an Sinn und Zweck der Norm orientierten Auslegung hat das Bundesgericht denn auch die geltende Regelung von Art. 19 URG in angemessener Weise auf Fragestellungen in einem digitalen Kontext angewendet hat[9].

Daraus ergibt sich, dass bei der Auslegung von Art. 19 URG stets zu prüfen ist, ob der Wortlaut den Sinn und Zweck der Bestimmung und die gesetzgeberischen Wertungen auch dann angemessen zum Ausdruck bringt, wenn die Norm auf Fragestellungen in einem digitalen Kontext angewendet wird. Trifft dies nicht zu, **verbietet sich** eine **enge Orientierung am Wortlaut**. Damit ist zugleich klar, dass auf ältere Rechtsprechung und Literatur ebenso wie auf die Ausführungen in der Botschaft zur 20 Jahre zurückliegenden Totalrevision des URG nicht unbesehen abgestellt werden kann. Vielmehr ist auch hier zu prüfen, ob der Gesetzgeber, die Gerichte oder die Lehre anders entscheiden oder begründen würden, wenn sich die jeweilige Frage im heutigen, digitalen Umfeld stellen würde.

2. Kein (reiner) Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG

Als Privatgebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG gilt „jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie

---

7 BGE 108 II 475, 481, E. 3a, unter Verweis auf BGE 83 I 173, 178, E. 4, worin dieser methodische Ansatz unter Verweis auf eine Reihe weiterer Entscheide des Bundesgerichts wie folgt festgehalten wurde: «[L]e juge cherche, quand il interprète une disposition constitutionnelle ou légale, à en découvrir le sens, à définir la portée juridique effective de la norme que recouvrent, plus ou moins heureusement, les expressions dont s'est servi le législateur. Ce sens peut être celui que le législateur historique a voulu donner au texte. Mais il peut être aussi celui que doit avoir le texte pour être applicable aujourd'hui d'une manière raisonnable. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral paraît se rattacher davantage à cette seconde définition du sens de la norme. En effet, dit-il, la volonté du législateur doit être dégagée de la loi elle-même, de son texte, de sa logique interne, du but qu'elle se propose. "**Ce qui importe**, ce n'est pas le sens qu'a pu attribuer à une disposition le législateur historique, voire telle ou telle personne qui a été mêlée à l'élaboration de la loi; **c'est le sens qui résulte de tout le système de la loi, compte tenu des circonstances actuelles et de l'état de développement de la technique**" (Verweise)» (Hervorhebungen hinzugefügt).

8 BGE 108 II 475, 481, E. 3a, m.w.H.

9 Die zeitgemässe, nutzungs- und technikadäquate Auslegung zeigt sich deutlich in BGE 133 III 473, 478.

Verwandte oder Freunde". Diese Schrankenbestimmung erfasst alle urheberrechtlich relevanten Handlungen, die von einer natürlichen Person[10] für sich selbst (persönlicher Bereich) oder für einen engen Kreis von anderen natürlichen Personen (Verwandte oder Freunde) vorgenommen werden[11]. Urheberrechtlich relevante Handlungen Dritter werden von dieser Schranke hingegen nicht erfasst.

Die Schranke von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG ermöglicht jeder natürlichen Person, Werke und geschützte Leistungen Dritter für sich selbst sowie für Verwandte oder Freunde zu verwenden, namentlich auch zu vervielfältigen. Der **Privatgebrauch** ist dabei **in keiner Weise beschränkt**[12]. Der zum Privatgebrauch Berechtigte darf also nicht nur einzelne Filme oder Fernsehsendungen vollständig aufnehmen und vervielfältigen, sondern auch den gesamten Programmablauf einzelner oder auch aller Fernsehsender, die er empfangen kann. Rein tatsächlich stösst der Eigengebrauch zwar an Grenzen, wenn der Berechtigte nicht über Speichermedien mit der erforderlichen Kapazität verfügt. Urheberrechtliche Grenzen bestehen aber keine – weder in zeitlicher Hinsicht noch mit Bezug auf den Umfang[13].

Bei der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" werden die Sendungen nicht auf einem Speichermedium des zum Privatgebrauch Berechtigten gespeichert, sondern im zentralen Speicher des Anbieters. Da damit neben dem zum Eigengebrauch Berechtigten ein weiterer Beteiligter beigezogen wird, kann die Zulässigkeit des Angebots nicht allein nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG beurteilt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob dieser weitere Beteiligte als Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG anzusehen ist und ob dessen Handlungen durch diese Bestimmung freigestellt werden.

3. Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG

a) Beizug eines Dritten

Als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG gelten diejenigen Personen oder Institutionen, die Geräte betreiben, die zur Vervielfältigung eingesetzt werden[14]. Die Formulierung von Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 2 URG zeigt, dass der Gesetzgeber in erster Linie Institutionen und Betriebe erfassen wollte, die für ihre Kunden Kopien erstellen (bspw. Copy-Shops) oder ihren Kunden Kopiergeräte zur Selbstbedienung zur Verfügung stellen[15]. Die offene Formulierung von Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG stellt allerdings klar, dass nicht nur diese typischen Kon-

---

10 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, 314; CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, 50; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 6; IVAN CHERPILLOD, in: SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006, 271.

11 REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 15; GASSER in Müller/Oertli, URG 19 N 7; SIWR-CHERPILLOD, 271 ff.

12 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 2.

13 Botschaft, BBl 1989 III 539 ff.

14 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 19; GASSER, 105; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 25; Botschaft, BBl 1989 III 540.

15 Siehe dazu Botschaft, BBl 1989 III 540.

stellationen, sondern alle Arten von Vervielfältigungen unter diese Bestimmung fallen, die von Dritten für die zum Eigengebrauch Berechtigten hergestellt werden. Der Begriff der „Kopiergeräte" in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 2 URG ist denn nach Lehre und Rechtsprechung auch in einem weiten Sinn zu verstehen; er erfasst neben den Fotokopiergeräten auch alle anderen Geräte, mit denen Werke vervielfältigt werden können[16]. Damit fällt auch die Speicherung von Werken auf dem Rechner eines Dritten, die notwendigerweise mit einer Vervielfältigung des Werkes verbunden ist, unter Art. 19 Abs. 2 URG.

Die Anbieter der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" erstellen für ihre Kunden Vervielfältigungen von Sendungen, die sie auf einem zentralen Rechner speichern. Die fraglichen Speichermedien stehen dabei im unmittelbaren Besitz der Anbieter. Damit sind die Anbieter von „Catch-up TV" als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG zu qualifizieren.

b) Herstellenlassen von Vervielfältigungen

Die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG stellt Vervielfältigungen durch Dritte nur frei, wenn die zum Eigengebrauch Berechtigten diese „durch Dritte herstellen lassen". Zur Prüfung, ob ein Herstellenlassen vorliegt, wird in Lehre und Rechtsprechung auf zwei Kriterien abgestellt, die allerdings nicht immer klar auseinandergehalten werden:

i. Auf Auftrag des Berechtigten, nicht auf Vorrat

Der Begriff des Herstellenlassens soll nach allgemeiner Auffassung zum Ausdruck bringen, dass die **Initiative** für den Vorgang vom Berechtigten ausgehen muss[17], die Vervielfältigungen durch den Dritten also immer nur **auf Auftrag** des Berechtigten erstellt werden[18]. Ein **Kopieren auf Vorrat** durch den Dritten ist dagegen **ausgeschlossen**[19]. Da sich die Rechtfertigung der Vervielfältigung aus dem Eigengebrauch des Werkkonsumenten ergibt[20], darf der Dritte die Vervielfältigungen also nicht von sich aus, quasi proaktiv und auf Vorrat, sondern nur reaktiv, aufgrund der Initiative eines Werkkonsumenten erstellen.

Die Differenzierung zwischen Vervielfältigung auf Auftrag und auf Vorrat findet sich schon in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992, wo es heisst: „Wer für den Eigengebrauch eines Dritten ein Werk vervielfältigt, kann somit vom Urheber nur belangt werden, wenn er (...) auf Vorrat – also ohne Auftrag – geschützte Werke vervielfältigt"[21]. Dem schliesst sich die Botschaft zur Teilrevision des URG von 2007 an, wo für die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG vorausgesetzt wird, dass Kopien von Dritten „auf Bestellung"[22] hergestellt werden. Die

---

16 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 19; sinngemäss ebenso BGE 133 III 473, 481.

17 Ebenso: REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; GASSER, 110.

18 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; GASSER, in: Müller/Örtli, URG 19 N 26.

19 Botschaft, BBl 1989 III 540; BGE 133 III 473, 484; BGE 128 IV 201, 213 f.; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 27; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; SIWR-CHERPILLOD, 279.

20 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20a.

21 Botschaft, BBl 1989 III 540.

22 Botschaft, BBl 2006, 3429.

zentrale Rolle dieser Unterscheidung zeigt sich mit aller Deutlichkeit in den zwei Entscheiden, die das Bundesgericht zu Art. 19 Abs. 2 URG gefällt hat: Im ersten Entscheid, in dem das Kopieren von Pornographiekassetten durch den Betreiber einer einschlägigen Videothek zu beurteilen war, lag keine zulässige Vervielfältigung durch einen Dritten vor, weil die Kopien erstellt wurden, bevor der Kunde mit dem Anbieter in Kontakt getreten war[23]. Für den späteren Entscheid zu den elektronischen Pressespiegeln ist hingegen davon auszugehen, dass die Presseerzeugnisse erst eingescannt wurden, nachdem zumindest ein Kunde dem Anbieter einen entsprechenden Auftrag erteilt hatte[24].

ii. Bestimmung durch den Berechtigten

Im Grundsatz ist anerkannt, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte nicht nur den Auftrag zur Vervielfältigung erteilen, sondern auch bestimmen muss, was der Dritte vervielfältigen soll. Das Bundesgericht hat hierzu im Pressespiegel-Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass „der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst bestimmen muss, was kopiert werden soll, damit Art. 19 Abs. 2 URG zur Anwendung kommt"[25].

Umstritten ist allerdings, auf welche Weise und **wie genau** der **Berechtigte den Gegenstand** der Vervielfältigung selbst **bestimmen muss**. Ein Teil der Lehre fordert eine „konkrete inhaltliche Bestellung" oder allenfalls gar die „Wahl der Vorlage" durch den Berechtigten[26]. Ein anderer Teil der Lehre und das Bundesgericht setzen die Anforderungen an die Bestimmung dagegen tief an. Nach dem Pressespiegel-Entscheid des Bundesgerichts liegt bereits dann eine ausreichende Bestimmung vor, wenn der zum Eigengebrauch Berechtigte „die Stichworte für die Auswahl der Werke nennt"[27]. Gegenüber dem Pornographiekassetten-Entscheid hat das Bundesgericht die Anforderungen damit massgeblich herabgesetzt, zumal es dort noch gefordert hatte, dass „sich ein Kunde für einen bestimmten Videofilm entschieden hatte"[28], bevor der Anbieter die Vervielfältigung vornahm. Nach der jüngeren Rechtsprechung setzt eine ausreichende Bestimmung damit **nicht die Bezeichnung konkreter Werke**

---

23 BGE 128 IV 201, 213: „Die Kunden liessen nicht im Sinne dieser Bestimmung als zum Eigengebrauch Berechtigte die dazu erforderlichen Werkexemplare (das heisst die Kopien) durch Dritte (das heisst durch den Beschwerdeführer 1) herstellen. Vielmehr kauften sie Kopien, die bereits vorhanden waren und im Ladengeschäft des Beschwerdeführers 1 lagerten. Dies ist kein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 URG".

24 Dies ergibt sich indirekt aus den Ausführungen zum Sachverhalt, wonach dem Urteil nicht die Konstellation zugrunde lag, „dass Presseerzeugnisse vollständig kopiert, Archive angelegt und hernach auf Bestellung die gewünschten Artikel ausgeliefert werden" (BGE 133 III 473, 480, E. 4.1). Hinzu kommt, dass das Bundesgericht andernfalls das Verbot der Vorratsspeicherung nicht hätte erwähnen können (BGE 133 III 473, 484, E. 5.3), ohne das Verhalten der Pressespiegel-Anbieter aufgrund ebendieses Verbotes als unzulässig zu beurteilen.

25 BGE 133 III 473, 484, E. 5.3.

26 REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28, m.w.H.; GASSER, 108, 110 f.; SIWR-CHERPILLOD, 279. A.M. RETO HILTY, Anmerkungen zum Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 21.05.2001, sic! 2001, 627; Zivilgericht Basel Stadt, sic! 2003, 217, E. 2.g.aa; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17.

27 BGE 133 III 473, 484, E. 5.3.

28 BGE 128 IV 201, 204, E. 3.5.

durch den Berechtigten voraus, sondern liegt vielmehr auch dann vor, wenn der Dritte über einen gewissen Entscheidungsspielraum verfügt, in dessen Rahmen er die Bestimmung anhand vorgegebener Kriterien vornimmt. Eine ausreichende Bestimmung durch den Berechtigten liegt damit jedenfalls dann vor, wenn der **Dritte** über **keinen Entscheidungsspielraum** verfügt, also **in keiner Weise selbst entscheidet, was er vervielfältigt**.

Im Pressespiegel-Entscheid hat das Bundesgericht, zumindest implizit, auch die Frage des **Zeitpunkts der Bestimmung** geklärt: Aus den Ausführungen zum Sachverhalt ergibt sich, dass sich die rechtlichen Erwägungen, mit denen die Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel Dritter begründet werden, sowohl auf die Vorgehensweise des **selektiven Einscannens** (Printmedien werden von Lektoren nach Artikeln zu bestimmten Themen durchsucht und nur die interessierenden Artikel werden vervielfältigt) als auch auf diejenige des **vollständigen Einscannens** (Presseerzeugnisse werden vollständig oder, wenn nur bestimmte Rubriken erfasst werden sollen, teilweise eingescannt und erst darauf nach Stichwörtern selektioniert und dem einzelnen Kunden zugeordnet) beziehen[29]. Mit der Anerkennung der Zulässigkeit des vollständigen Einscannens ist klar, dass für ein Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte **nicht erforderlich** ist, dass die **Bestimmung bereits vor dem Herstellen der Vervielfältigung** erfolgt ist. Eine allfällige Auswahl kann vielmehr auch erst im Nachhinein getroffen werden.

Abzugrenzen ist die Bestimmung durch den Berechtigten von der Frage des **zulässigen Umfangs der Vervielfältigung**. Eine ausreichende Bestimmung liegt auch dann vor, wenn der Berechtigte ein Werkexemplar, etwa ein Buch oder eine Zeitung, vollständig durch einen Dritten vervielfältigen lässt. Denn dem Kriterium der Bestimmung ist Genüge getan, wenn der Dritte nicht selbst entscheidet, was er vervielfältigt. Ob eine vollständig Vervielfältigung zulässig ist, bestimmt sich denn auch nicht nach Art. 19 Abs. 2 URG, sondern nach Massgabe von Art. 19 Abs. 3 URG[30].

iii. Weitere Aspekte

Neben den Kriterien des Auftrags und der Bestimmung werden in Lehre und Rechtsprechung weitere Aspekte diskutiert, welche die Voraussetzungen und Folgen von Art. 19 Abs. 2 URG klarstellen:

Für die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG ist nach allgemeiner Ansicht **nicht entscheidend**, ob der Dritte den **Vervielfältigungsvorgang steuert**, also etwa das Kopiergerät betätigt, oder ob der Vorgang durch den zum Eigengebrauch Berechtigten gesteuert wird, dieser also etwa die Kopien auf dem Gerät des Dritten selbst erstellt[31]. Ebenfalls nicht erforderlich ist nach

---

29 BGE 133 III 473, 483 f., E. 5.1.

30 Siehe dazu hinten, B.

31 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 28; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 26; DERS., 106; BU, 84; BAUMGARTNER, 84; LUKAS BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999, 261.

der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der einhelligen Lehre, „dass die berechtigte Person das **Werk selbst zur Verfügung stellt** (Nachweise). Der Dritte darf also aus eigenen Beständen kopieren"[32]. Klarzustellen ist zudem, dass sich nicht nur die Vervielfältigung von Werkexemplaren, sondern auch die **Aufzeichnung von Sendungen** mit Art. 19 Abs. 2 URG vereinbaren lässt[33].

Schliesslich umfasst die Berechtigung des Dritten nicht nur das Erstellen der Vervielfältigung, sondern auch deren **Weitergabe** an den zum Eigengebrauch Berechtigten, weil andernfalls der Zweck der Vervielfältigung gar nicht erreicht werden könnte[34]. Die Weitergabe erfolgt (namentlich bei analogen Nutzungsformen) in aller Regel durch Verbreitung des Vervielfältigungsexemplars, wodurch der zum Eigengebrauch Berechtigte die Herrschaft über dieses Exemplar erlangt. Sie kann aber (namentlich im digitalen Kontext) auch dadurch erfolgen, dass dem Berechtigten in einer Weise Zugriff auf das Vervielfältigungsexemplar verschafft wird, die ihm erlaubt, das Werk zu geniessen. Auch diese Art der „Weitergabe" muss – a maiore minus – zulässig sein, zumal eine solche Lösung insofern hinter einer eigentlichen Weitergabe zurücksteht, als der Berechtigte damit nur die Möglichkeit zum Werkgenuss, aber keine Herrschaft über das Vervielfältigungsexemplar erlangt – und dieses damit insb. auch nicht an Dritte weitergeben kann.

iv. Erfüllen der Voraussetzungen bei „Catch-up TV"

Bei der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" fallen die Handlungen der Anbieter unter Art. 19 Abs. 2 URG:

Die Speicherung und die damit einhergehende Vervielfältigung des Programmablaufs eines Fernsehsenders erfolgt erst, wenn ein **Kunde** diesen Sender ausgewählt und dem Anbieter damit einen **Auftrag zur Speicherung des Programmablaufs dieses Senders** erteilt hat. Erteilt kein Kunde einen solchen Auftrag, wird der entsprechende Sender nicht gespeichert. Zur Vermeidung technisch redundanter Speicherungen wird der Programmablauf des Senders allerdings nicht für jeden Kunden einzeln und damit mehrfach, sondern im Auftrag und für alle Kunden, die diesen Sender ausgewählt haben, **einmal auf dem zentralen Rechner des Anbieters gespeichert**. Dass der Programmablauf zur **Vermeidung einer technisch unnötig redundanten und ineffizienten Ausgestaltung** von „Catch-up TV" nicht für jeden Kunden noch einmal gespeichert wird, vermag an der Zulässigkeit der Ausgestaltung dieses

---

32 BGE 133 III 473, 484, E. 5.2; BGE 128 IV201, 214, E. 3.5; ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 20; GASSER, 109 ff.; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 26; BAUMGARTNER, 85.

33 GASSER, 112, m.w.H.

34 Nach der Botschaft, BBl 2006, 3421 ist dies „selbstverständlich"; im Ergebnis ebenso GASSER, 112; SIWR-CHERPILLOD, 280. In BGE 133 III 473, 478. E. 3.1 und 479, E. 3.3 wird für interne Pressespiegel ausdrücklich klargestellt, dass die Vervielfältigung für die interne Information und Dokumentation, die nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig ist, „das Recht mitenthalten (muss), die Vervielfältigung innerhalb des Betriebs zu verbreiten, da sonst der Zweck – die interne Information und Dokumentation – gar nicht erreicht werden kann". Für die externen Pressespiegel wird die Zulässigkeit der Weitergabe der Artikel an die Kunden nicht noch einmal ausdrücklich erwähnt, aber implizit vorausgesetzt.

Angebots nichts zu ändern. Denn aus Sicht des Urheberrechts ist allein **entscheidend**, ob und inwiefern die **Nutzungsintensität** der jeweiligen Werke und Leistungen durch die von Dritten im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 URG vorgenommenen Vervielfältigungen erweitert wird.

Die **Erweiterung der Nutzungsintensität** hängt von der **Anzahl von Berechtigten** ab, für die der Dritte Vervielfältigungen erstellt, **nicht** aber **von der Anzahl** der für diese Berechtigten erstellten **Vervielfältigungen**. Massgeblich ist also die Anzahl der Kunden von „Catch-up TV", für die die Anbieter eine Vervielfältigung erstellen, nicht aber die Anzahl der für die Nutzung durch diese Kunden technisch effektiv erstellten Vervielfältigungen. Entsprechend muss sich auch die Vergütung, welche die Dritten für die von ihnen vorgenommenen Vervielfältigungen nach Art. 20 Abs. 2 URG leisten müssen, nach der Anzahl der Kunden berechnen – und nicht nach der Anzahl der Vervielfältigungen[35]. Die **gegenteilige Lösung**, also das Verlangen einer Vielzahl von Vervielfältigungen, würde an der **Zulässigkeit** des Angebots von „Catch-up TV" als solchem auch gar **nichts ändern**, sondern lediglich die Anbieter zu einer technisch unnötig redundanten und ineffizienten Ausgestaltung ihres Angebots nötigen. Technisch effiziente Lösungen zu verhindern, ohne dabei den Nutzen der Rechtsinhaber, Werkvermittler oder Werkkonsumenten zu erhöhen, kann aber nicht Sinn und Zweck des Urheberrechts sein, im Gegenteil. Ebendies hat das Bundesgericht denn auch schon vor 30 Jahren mit aller Deutlichkeit ausgeführt: „Die Bemühungen gehen also auch in der Schweiz dahin, zwischen den offensichtlichen Bedürfnissen privater und öffentlicher Unternehmen, den technischen Fortschritt zur Rationalisierung zu nutzen, einerseits und den Ansprüchen der Urheber auf Vergütung für ihr geistiges Schaffen andererseits, einen vernünftigen Ausgleich zu finden"[36].

Wählt ein Kunde erstmals einen oder mehrere Sender aus oder fügt er später weitere Sender hinzu, speichert der Anbieter den Programmablauf der ausgewählten Sender ab diesem Zeitpunkt für den jeweiligen Kunden. Ab dem Zeitpunkt der Auswahl hat der Kunde somit die Möglichkeit, die seither für ihn gespeicherten Inhalte der ausgewählten Sender über „Catch-up TV" anzusehen, jedoch immer nur, soweit die Ausstrahlung der Sendung nicht mehr als 30 Stunden zurückliegt. Nach Ablauf der ersten 30 Stunden seit Auswahl, kann der Kunde also immer die letzten 30 Stunden der von ihm ausgewählten Sender ansehen. Er kann aber keine Sendungen ansehen, die ausgestrahlt wurden, bevor er den entsprechenden Sender ausgewählt hat. Damit liegt **keine Vervielfältigung auf Vorrat** vor.

Die zu vervielfältigenden Werke werden **durch den Kunden** von „Catch-up TV" auch hinreichend genau **bestimmt**. Denn mit der Auswahl eines bestimmten Senders gibt der Kunde zum Ausdruck, dass der ganze Programmablauf vervielfältigt werden soll. Der **Anbieter** hat also **keinen Entscheidungsspielraum**. Die vorgängige Auswahl bestimmter Werke durch den Berechtigten ist für eine hinreichende Bestimmung nach dem Bundesgericht nicht erforderlich[37]. Welche Vervielfältigungen der Kunde durch Abruf der gespeicherten Sendungen später tatsächlich nutzt, ist für die Frage der Bestimmung der zu erstellenden Vervielfältigun-

---

35 Siehe dazu hinten, C.

36 BGE 108 II 475, 485, E. 4 b.

37 Siehe dazu vorn, A.3.b.ii.

gen, die sich zu einem früheren Zeitpunkt stellt, nicht relevant. Der zeitliche Ablauf von „Catch-up TV", nach dem die Auswahl der an den Kunden weiterzugebenden Vervielfältigungen erst nach deren Erstellen erfolgt, ist damit nach Art. 19 Abs. 2 URG zulässig.

Nicht entscheidend ist sodann, dass die Vervielfältigungen vom Anbieter und nicht vom Kunden vorgenommen werden, dass der Anbieter die zu vervielfältigenden Sendungen selbst zur Verfügung stellt. **Anerkanntermassen zulässig** ist neben dem Erstellen der Vervielfältigung auch deren Weitergabe an die Berechtigten[38]. Diese **„Weitergabe"** erfolgt bei „Catch-up TV" nicht mittels physischer Werkexemplare, sondern lediglich dadurch, dass den Berechtigten in einer Weise **Zugriff auf das Vervielfältigungsexemplar** gewährt wird, die den Werkgenuss ermöglicht. Gegenüber einer eigentlichen Weitergabe geht das Modell von „Catch-up TV" damit weniger weit, weil den Berechtigten keine verbreitbaren Werkexemplare ausgehändigt werden, sich die „Weitergabe" vielmehr in einem geschlossenen System („closed ecosystem") bewegt.

v. Alternative Begründung des Bundesgerichts

Zum vorstehend ausgeführten Ergebnis gelangt man auch, wenn man unmittelbar auf die **zentrale Erkenntnis** abstellt, mit der das **Bundesgericht** im Pressespiegel-Entscheid seine Erwägungen zum Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte abschliesst: „Sofern die Dienste bei der Herstellung der Kopie keine anderen Handlungen vornehmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (Verweis), fällt die Vervielfältigung des Werkexemplars deshalb unter Art. 19 Abs. 2 URG"[39]. Dass der Kunde von „Catch-up TV" nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG berechtigt ist, sämtliche Sendungen aller empfangbaren Fernsehsender vollumfänglich selbst zu vervielfältigen, wurde bereits ausgeführt[40]. Da die Anbieter von „Catch-up TV" damit nichts anderes tun, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst tun dürfte, fallen deren Vervielfältigungshandlungen unter Art. 19 Abs. 2 URG.

B. Anwendbarkeit der Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

Frage: *Falls ein Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG gegeben ist: Gelangt Art. 19 Abs. 3 lit. a URG zur Anwendung?*

1. Vorbemerkung

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Angebots von „Catch-up TV" nach Massgabe von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG ist, dass alle in Frage stehenden Handlungen urheberrechtlich zulässig wären, wenn sie ausschliesslich von der natür-

---

38 Siehe dazu vorn, A.3.b.ii.

39 BGE 133 III 473, 485, E. 5.4.

40 Siehe dazu vorn, A.2.

lichen Person vorgenommen würden, die zum Privatgebrauch berechtigt ist[41]. Vor diesem Hintergrund ist hier zu prüfen, ob der **Umfang des zulässigen Privatgebrauchs** beim Beizug eines Dritten durch die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG eingeschränkt wird.

2. Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

a) Herrschende Auffassung

Nach Auffassung des Gesetzgebers[42], der herrschenden, aber nicht unbestrittenen Lehre[43] und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[44] finden mit dem Beizug einer Drittperson im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG immer auch die Beschränkungen von Art. 19 Abs 3 URG Anwendung.

Diese gefestigte Ansicht geht auf die **Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992** zurück[45]. Dort heisst es zunächst: „Wer für den Eigengebrauch eines Dritten ein Werk vervielfältigt, kann somit vom Urheber nur belangt werden, wenn er sich nicht an die in Absatz 3 enthaltene Schranke hält"[46]. Hintergrund dieser Ansicht war, dass „die Freigabe des Vervielfältigens im Handel erhältlicher Werkexemplare (...) namentlich zum Eigengebrauch Dritter (Abs. 2) (...) eine schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung schlagen (würde), die dem Urheber vorbehalten werden muss"[47]. Zugleich wird festgehalten, dass das selektive Kopieren und Überspielen zulässig ist: „Völlig klar ist die Rechtslage, wenn aus dem im Handel erhältlichen Exemplar nur Auszüge kopiert oder überspielt werden: ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine Kurzgeschichte aus einem Sammelband, ein Musikstück aus einer Langspielplatte. Dies alles ist unter den gegebenen Voraussetzungen zulässig"[48]. Entsprechend wird denn auch klargestellt, dass die in Art. 19 Abs. 3 URG vorgesehene, „generelle Beschränkung des Eigengebrauchs (...) keine Anwendung auf den persönlichen Gebrauch" findet[49]. Schliesslich wird unter Verweis auf die Privatsphäre als absolute Schranke des Urheberrechtsschutzes festgehalten: „Daraus ergibt sich *a contrario*, dass

---

41 Siehe dazu vorn, A.2.

42 Botschaft, BBl 2006, 3429; Botschaft, BBl 1989 III 541.

43 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 28; DERS., 112 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 30 f.; SIWR-CHERPILLOD, 273; BAUMGARTNER, 86. A.M. wohl MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 142; mit eingehender Kritik der h.L.: PIERRE-EMMANUEL RUEDIN/XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, La copie des partitions à des fins personnelles, sic! 2005, 795 ff., passim, mit Bezug auf die Problematik der Vervielfältigung von graphischen Aufzeichnungen von Werken der Musik nach Art. 19 Abs. 3 lit. b URG; ebenfalls kritisch: HÄUPTLI, 111-112; BAUMGARTNER, 86.

44 BGE 128 IV 214 f.: Der Entscheid wurde allerdings noch vor der „Präzisierung" des Wortlautes von Art. 19 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 ingres URG, also zur alten Fassung von Art. 19 URG gefällt.

45 Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 796; Ansätze für eine solche Regelung wurden allerdings schon unter dem aURG diskutiert; siehe dazu: BGE 108 475, 483 ff., E. 4; Näheres bei GASSER, 103 f.

46 Botschaft, BBl 1989 III 540.

47 Botschaft, BBl 1989 III 541.

48 Botschaft, BBl 1989 III 541.

49 Botschaft, BBl 1989 III 541.

Absatz 3 für alle Vervielfältigungstatbestände zur Anwendung kommt, die unter Absatz 2 fallen, weil diese Kopien nicht im persönlichen Kreis des nach Absatz 1 Buchstabe a Berechtigten hergestellt werden"[50].

In der **Botschaft zur Teilrevision des URG von 2007** wurde diese Auffassung bestätigt, indem ausgeführt wurde, dass „für Kopien, die von Dritten auf Bestellung einer nach Abs. 1 zum Eigengebrauch berechtigten Person hergestellt werden, in jedem Fall die in Abs. 3 enthaltenen Einschränkungen gelten"[51]. Diese Rechtslage sollte mit der revidierten Fassung von Art. 19 Abs. 2 URG klargestellt werden[52] – eine Änderung der Rechtslage war also mit der letzten Teilrevision gerade nicht beabsichtigt.

Diese gefestigte Auffassung wurde bisher nur vereinzelt in Frage gestellt[53]. Und dies, obwohl sie dem Wortlaut und der Systematik von Art. 19 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3 URG bei unvoreingenommenem Lesen des Gesetzestextes klar widerspricht[54].

b) Relativierung der herrschenden Auffassung

Die herrschende Auffassung geht, wie gezeigt, auf eine Reihe von Aussagen in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 zurück[55]. Die Rechtslage, vor deren Hintergrund diese Aussagen gemacht wurden, hat sich allerdings gegenüber der Botschaft in mindestens zwei wesentlichen Punkten geändert, weshalb die Ausführungen in der Botschaft und mit diesen die herrschende Lehre und Rechtsprechung in zweifacher Hinsicht zu relativieren sind:

i. Vergütung für Vervielfältigungen Dritter

In der Fassung des Gesetzestextes, auf die sich die Ausführungen in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 beziehen, war für Vervielfältigungen, die Berechtigte durch Dritte herstellen lassen (Art. 19 Abs. 2 URG), nur dann eine Vergütung geschuldet, wenn ein Schulgebrauch oder ein interner Gebrauch vorlag, der allein oder mithilfe Dritter wahrgenommen wurde. Die entsprechende Regelung in Art. 20 Abs. 2 E-URG lautete wie folgt:

„Wer zu seinem eigenen Gebrauch nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b oder Buchstabe c Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt oder nach Artikel 19 Absatz 2 vervielfältigen lässt, schuldet dem Urheber hiefür eine Vergütung"[56].

Nach dieser Regelung wäre die Vervielfältigung durch Dritte im Rahmen des Privatgebrauchs nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vergütungsfrei gewesen. Vor diesem Hintergrund mag es denn

---

50 Botschaft, BBl 1989 III 541.
51 Botschaft, BBl 2006, 3429.
52 Botschaft, BBl 2006, 3429.
53 Siehe dazu vorn, B.2.a, Fn. 43.
54 Siehe dazu hinten, B.3.b und c.
55 Siehe dazu gerade vorstehend, B.2.a.
56 Entwurf des Gesetzestextes, BBl 1989 III 621.

auch zutreffend gewesen sein, die Einführung der Berechtigung Dritter als „schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung"[57] anzusehen und die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG deshalb auch auf den Privatgebrauch mithilfe Dritter anzuwenden.

Mit der Ausdehnung der Vergütungspflicht auf alle Vervielfältigungen Dritter in der Gesetz gewordenen (und noch heute geltenden) Fassung, wäre diese Frage jedoch anders zu beurteilen gewesen. Denn mit der Vergütung werden die Rechtsinhaber für die fragliche Nutzung entschädigt, womit keine „schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung"[58] mehr geschlagen wird und die Frage der Anwendbarkeit der Gegenausnahme von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die Vervielfältigung durch Dritte beim Privatgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG) zumindest noch einmal zu überdenken gewesen wäre.

ii. Aufgabe des Kreismodells beim Privatgebrauch

Die zentrale Begründung für die Anwendung der Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG auf den Privatgebrauch unter Beizug Dritter besteht darin, dass „diese Kopien nicht im persönlichen Kreis des nach Absatz 1 Buchstabe a Berechtigten hergestellt werden"[59] und es sich damit um Eigengebrauch ausserhalb des persönlichen Bereichs handelt[60]. Diese Begründung knüpft am sog. **Kreismodell** an, welches den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 lit. a-c URG über den Kreis der zur jeweiligen Art des Eigengebrauchs berechtigten Personen definieren will[61].

Die Tragfähigkeit des Kreismodells war seit jeher schon insofern begrenzt, als beim Schulgebrauch und beim internen Gebrauch zusätzlich ein **zweckgerichtetes Merkmal** erfüllt sein musste, konkret die Verwendung „für den Unterricht" (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) oder „für die interne Information oder Dokumentation" (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Beim Privatgebrauch fehlt ein solches Merkmal im deutschen und italienischen Gesetzestext, nicht aber in der französischen Fassung, in welcher der Privatgebrauch als „toute utilisation à des fins personelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis" (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) definiert wird. Die französische Sprachfassung bringt die Konzeption des Privatgebrauchs damit treffend zum Ausdruck: Freigestellt werden soll einerseits jeder Werkgebrauch einer natürlichen Person für ihre eigenen, privaten Zwecke, also für sich selbst, und andererseits jeder Werkgebrauch im Kreis eng verbundener Personen wie Verwandte oder Freunde. Im Gegensatz zum Schulgebrauch und zum internen Gebrauch, deren Anwendungsbereich kumulativ durch einen bestimmten Personenkreis und einen bestimmten Zweck definiert wird, sind diese beiden Merkmale beim Privatgebrauch alternativ zu

---

57 Botschaft, BBl 1989 III 541.

58 Botschaft, BBl 1989 III 541.

59 Botschaft, BBl 1989 III 540.

60 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 17 und N 22; GASSER, 113.

61 Siehe dazu GASSER, 36 ff., unter Berufung auf die Botschaft, BBl 1989, 539 f, in welcher die drei Kreise des Eigengebrauchs nach Art. 19 Abs. 1 lit. a-c als Konzept eingeführt werden; DERS., in: Müller/Oertli, URG 19 N 5.

verstehen. Damit sind zwei Arten von Privatgebrauch zu unterscheiden, nämlich: der **persönliche Gebrauch** und der **Gebrauch im Kreis eng verbundener Personen**[62].

Der persönliche Gebrauch wird allein durch den Gebrauchszweck definiert („à des fins personelles")[63]. Eine Einschränkung des persönlichen Gebrauchs auf Nutzungen innerhalb eines bestimmten Personenkreises wäre schon insofern widersprüchlich, als es beim persönlichen Gebrauch nur um die Nutzung des Berechtigten für sich selbst geht, eine Nutzung für Dritte also nicht mit erfasst ist, womit ein Kreis von beteiligten Personen nicht gezogen werden kann; zudem liesse sich eine solche Einschränkung mit dem französischen Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren. Vor allem aber beruht das **Kreismodell** mit seiner Orientierung an physisch abgrenzbaren Kreisen von Personen auf einer **analogen Gedankenwelt**; in einem digitalen Umfeld lässt sich das Modell nicht mehr aufrechterhalten. Dies hat der Gesetzgeber mit der Zulässigkeit des privaten Downloads von Werken aus dem Internet – insb. über sog. „peer-to-peer" Systeme –[64] zumindest indirekt anerkannt, weil der Download hier durchwegs vom Rechner einer Person bzw. mehreren Personen erfolgt, die sich ausserhalb eines wie auch immer definierten, privaten Kreises befinden. Nichts anderes gilt für eine Reihe anderer Arten des Privatgebrauchs, etwa das Speichern von Werkexemplaren auf einem Rechner in der Cloud.

Für das Vorliegen des persönlichen Gebrauchs ist damit allein der private Zweck, also die Nutzung einer natürlichen Person für sich selbst, massgeblich. Damit entfällt das zentrale Argument für die Begründung der herrschenden Lehre, welches darin besteht, dass die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG deshalb greifen müssen, weil die Vervielfältigungen Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG ausserhalb des persönlichen Bereichs des Berechtigten vorgenommen werden.

3. Keine Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG

a) Vorbemerkungen

Die Auslegung von Normen zur Bestimmung ihres normativen Gehalts folgt einer klaren Methodik. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist wie folgt vorzugehen:

„Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der **Wortlaut** der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (**Methodenpluralismus**). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die **Gesetzesmaterialien** sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber

---

62 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 7; SIWR-CHERPILLOD, 269 f.; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 14 f.

63 Ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 10; DESSEMONTET, 316; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 8.

64 Siehe dazu vorn, A.1.b, Fn. 2.

als **Hilfsmittel**, den Sinn der Norm zu erkennen (Nachweise zur Rechtsprechung). **Vom Wortlaut** darf **abgewichen** werden, wenn **triftige Gründe** für die Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus ihrem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (Nachweise zur Rechtsprechung). Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den **verfassungsrechtlichen Vorgaben** am besten entspricht (Nachweise zur Rechtsprechung). Eine verfassungskonforme Auslegung findet dabei im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranken"[65].

Nach diesen methodischen Vorgaben hat auch die Auslegung von Art. 19 URG zu erfolgen.

b) Wortlaut

Art. 19 Abs. 3 URG besteht aus einem Ingress und vier Tatbeständen. Der **Ingress** definiert den Anwendungsbereich aller vier Tatbestände; er lautet: „Ausserhalb des privaten Kreises nach Absatz 1 Buchstabe a sind nicht zulässig:" Der Ingress stellt damit klar, dass die **vier Tatbestände** von Art. 19 Abs. 3 URG, welche den an sich zulässigen Eigengebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 URG in verschiedener Hinsicht einschränken, **nur auf den Schulgebrauch** (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) **und den internen Gebrauch** (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) Anwendung finden, nicht aber auf den Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG. Die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG greifen also weder bei einer Werkverwendung im persönlichen Bereich noch bei einer Werkverwendung im privaten Kreis von eng verbundenen Personen, wie Verwandten oder Freunden.

Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG lautet: „Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, darf unter Vorbehalt von Absatz 3 die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen". Damit wird klargestellt, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte **Vervielfältigungen durch Dritte herstellen lassen** darf, **sofern kein Tatbestand von Art. 19 Abs. 3 URG** erfüllt ist. Die von Art. 19 Abs. 2 URG vermittelte Befugnis zum Herstellenlassen von Werkexemplaren durch Dritte findet damit eine Grenze, wenn eine Konstellation vorliegt, die unter Art. 19 Abs. 3 URG fällt. Allein dies ist nach dem klaren Wortlaut der Regelungsgehalt des in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG enthaltenen Vorbehalts.

Der in Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG für den Fall des Beizugs Dritter vorgesehene **Vorbehalt** von Art. 19 Abs. 3 URG kann **nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich** von Art. 19 Abs. 3 URG beim Beizug Dritter über den Bereich hinaus **ausgedehnt wird**, der nach dem Ingress von Art. 19 Abs. 3 URG von dieser Norm erfasst wird. Denn das Vorbehalten einer Norm (Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1 URG) kann nur den Anwendungsbereich der vorbehaltenden Norm (Art. 19 Abs. 2 URG) ändern, nicht aber denjenigen der vorbehaltenen Norm (Art. 19 Abs. 3). Letzteres wäre nur möglich, wenn die vorbehaltene Norm selbst eine entsprechende Präzisierung ihres Anwendungsbereichs vorsehen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall.

---

[65] BGE 137 III 217, 221 f., m.w.H.; ebenso: BGE 131 II 697, 703; BGE 129 II 249, 263; BGE 128 V 20, 24; BGE 123 II 9, 11.

c) Systematik

Das Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut stimmt mit der systematischen Auslegung von Art. 19 URG überein: Die **Befugnisse der zum Eigengebrauch Berechtigten** werden abschliessend durch den Grundsatz von **Art. 19 Abs. 1 URG und die Gegenausnahmen von Art. 19 Abs. 3 URG** geregelt. Die Regelung in Art. 19 Abs. 3 URG bezieht sich dabei nach dem Ingress dieses Absatzes allein auf Art. 19 Abs. 1 URG und präzisiert für die Fälle von Art. 19 Abs. 1 lit. b und lit. c URG, welche Handlungen trotz der grundsätzlichen Freistellung nicht zulässig sind[66]. Art. 19 Abs. 2 URG regelt dagegen mit dem **Beizug Dritter** eine **unabhängige Fragestellung**. Der normative Gehalt dieser Norm besteht allein darin, klarzustellen, dass die zum Eigengebrauch Berechtigten die hierzu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen dürfen. Über den Umfang der Berechtigung sagt die Norm nichts aus.

Der in Art. 19 Abs. 2 URG enthaltene Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 URG hält damit nur fest, was sich aus der systematischen Auslegung von Art. 19 URG ergibt, nämlich: dass die **Gegenausnahmen** von Art. 19 Abs. 3 URG **auch dann gelten, wenn die Vervielfältigungen** nach Art. 19 Abs. 2 URG **durch einen Dritten hergestellt** werden. Dass der Vorbehalt damit keinen eigenständigen normativen Gehalt aufweist, liegt gerade in der Natur dieser Rechtsfigur, deren Gehalt – im Sinn einer **Kollisionsregel** – nur darin bestehen kann, klarzustellen, wie sich die Anwendungsbereiche zweier Normen zueinander verhalten. Eine Aussage kann dem Vorbehalt damit nur, aber immerhin insofern entnommen werden, als damit klargestellt wird, wie sich Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 URG in systematischer Hinsicht zueinander verhalten.

d) Zweck der Regelung

Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG bestehen darin, den zum Eigengebrauch Berechtigten die **Nutzung** seiner **gesetzlichen Befugnisse auch dann zu ermöglichen, wenn er selbst nicht** über die **erforderlichen technischen Hilfsmittel** verfügt[67]. Die Befugnis zur Herstellung einer Kopie soll mit anderen Worten, nach Ansicht des Gesetzgebers, nicht daran scheitern, dass der Berechtigte kein eigenes Kopiergerät besitzt[68]. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur für die Erstellung analoger, sondern ebenso für digitale Kopien[69].

---

66 Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 797, die aufgrund einer systematischen Auslegung von Art. 19 URG zum Schluss kommen, dass eine zu privaten Zwecken erfolgende Vervielfältigung graphischer Aufzeichnungen von Werken der Musik (im Sinn von Art. 19 Abs. 3 lit. c URG) auch dann zulässig sein sollte, wenn die Vervielfältigung von einem Dritten vorgenommen wird.

67 Nach GASSER, 103 f., m.w.H. sollte mit der Zulässigkeit der Anfertigung von Werkstücken durch Dritte „vermieden werden, dass jene bemittelten Leute gesetzlich bevorzugt werden, die sich die Anschaffung eines Gerätes zur Herstellung von Werkstücken leisten können". Ebenso: RUEDIN/RUEDIN, sic! 2005, 797: „le législateur a voulu, par l'introduction de l'art. 19 al. 2 LDA, donner à la personne qui ne dispose pas des moyens nécessaires, la possibilité de faire appel à un tiers pour effectuer des reproductions à des fins personnelles". Auch BAUMGARTNER, 84, hält fest, dass der Beizug Dritter namentlich erlaubt wurde, um eine Besserstellung bestimmter Personengruppen zu vermeiden.

68 Siehe dazu Botschaft, BBl 1989 III 540, worin zu Art. 19 URG ausgeführt wird: „Absatz 2 sieht unter Berücksichtigung der gängigen Kopierpraxis die Befugnis vor, Kopien für den Eigengebrauch durch Dritte her-

Aus Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG folgt damit, dass der Dritte Vervielfältigungen in ebendiesem Rahmen vornehmen darf, in dem der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst vervielfältigen dürfte. Die Befugnis des Dritten deckt sich also inhaltlich und umfangmässig mit der Befugnis des Berechtigten, die sich ihrerseits ausschliesslich nach Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 URG bestimmt. Im Verhältnis zum Berechtigten ist der **Dritte blosse Hilfsperson**[70]. Die Handlungen des Dritten werden denn auch nicht aufgrund eigener Befugnis zum Eigengebrauch freigestellt, sondern aufgrund der Befugnis des nach Art. 19 Abs. 1 URG (allenfalls i.V.m. Art. 19 Abs. 3 URG) Berechtigten, von dessen Befugnis diejenige des Dritten über die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG abgeleitet wird. Diese **Deckungsgleichheit der Befugnisse** des Dritten und des zum Eigengebrauch Berechtigten hat das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit wie folgt formuliert: „Sofern die Dienste bei der Herstellung der Kopie keine anderen Handlungen vornehmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (Verweis), fällt die Vervielfältigung des Werkexemplars deshalb unter Art. 19 Abs. 2 URG"[71]. Anders zu entscheiden, hiesse, die Möglichkeit zur tatsächlichen Nutzung der gesetzlich vorgesehenen Berechtigung von Art. 19 Abs. 1 URG von der technischen Ausrüstung des Berechtigten abhängig zu machen. Ein solches Ergebnis würde Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG klar widersprechen.

Aus Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG und dem daraus folgenden Prinzip der Deckungsgleichheit der Befugnis des Dritten mit der des zum Eigengebrauch Berechtigten, folgt, dass die in Art. 19 Abs. 3 URG vorgesehenen Einschränkungen des Eigengebrauchs nur für den Schulgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) und den internen Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) gelten, nicht aber für den Privatgebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) – und dies unabhängig davon, ob die für den Eigengebrauch erforderlichen Vervielfältigungen durch den Berechtigten selbst oder durch einen Dritten vorgenommen werden.

e) Fazit

Aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 und Abs. 3 URG und der Systematik von Art. 19 URG ergibt sich, dass das Herstellenlassen von Vervielfältigungen durch Dritte im Bereich des Privatgebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG) nicht durch Art. 19 Abs. 3 URG eingeschränkt wird. Dieses Ergebnis wird durch eine Auslegung von Art. 19 Abs. 2 URG nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung bestätigt.

---

stellen zu lassen. Wer keinen Kopierapparat besitzt, soll einen Selbstbedienungsautomaten benützen oder eine Kopieranstalt mit der Herstellung der für den Eigengebrauch benötigten Vervielfältigungen beauftragen dürfen".

69 BGE 133 III 473, 481; ebenso: BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 7c und N 19; BAUMGARTNER, 84; BÜHLER, 255.

70 GASSER, 103, spricht hier von einer „stellvertretenden Ausübung" des Rechts. Der Begriff der Hilfsperson scheint insofern treffender, als es hier um die „Ausübung eines Rechts" (analog zu Art. 101 Abs. 1 OR) und nicht um den Abschluss eines Vertrags (analog zu Art. 32 Abs. 1 OR) geht. Inhaltlich sind damit aber keine Unterschiede verbunden.

71 BGE 133 III 473, 485.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Auffassung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten[72].

4. Verfassungskonforme Auslegung

Sind mehrere Auslegungen möglich, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts diejenige zu wählen, die den **verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht**[73]. Sollte der hier vertretenen Auslegung gegenüber der herrschenden Lehre nicht ohnehin der Vorzug zu geben sein, wäre somit im Sinn einer verfassungskonformen Auslegung zu prüfen, welche der beiden Auslegungen den Vorgaben der Verfassung besser entspricht.

Für die vorliegende Frage zu beachten sind die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie die Medienfreiheit (Art. 17 BV) auf der einen und die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) auf der anderen Seite[74]. Die zentrale Bedeutung der **Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV)** liegt in der Gewährleistung des ungehinderten Flusses von Meinungen und Informationen als unerlässliche Voraussetzung für eine freie demokratische Willensbildung und Willensbetätigung[75]. Die Informationsfreiheit ist das jeder Person zustehende Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 3 BV). Auf die Informationsfreiheit berufen kann sich jede Person, die einen Film als Zuschauer ansehen möchte[76] oder ein Recht auf Empfang von Fernseh- oder Radiosendungen geltend macht[77]. Die **Eigentumsgarantie** gewährleistet hingegen den Bestand des Eigentums (Art. 26 Abs. 1 BV) und garantiert, dass Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt werden (Art. 26 Abs. 2 BV). Unter die Eigentumsgarantie fallen auch Urheber- und Leistungsschutzrechte[78].

---

72 Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2009 betreffend den GT 12, mit welchem die Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR geregelt wird.

73 BGE 137 III 217, 222; BGE 136 II 149, 154; BGE 131 II 562, 567.

74 GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 4.

75 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundessstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rn. 447; Botschaft, BBl 2006, 3395.

76 BGE 120 Ia 190, 192, für den Fall einer Filmzensur; siehe dazu auch: PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, BV 16 N 10, m.w.H. MARK E. VILLIGER, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, 599 und 353.

77 BGE 120 Ib 64, 67, worin das Bundesgericht die Informationsfreiheit als „Grundrecht auf möglichst unbehinderten Zugang zu allen frei verfügbaren Informationsquellen" umschreibt, dem – jedenfalls im Kontext des damaligen Art. 53 RTVG – „hohe Priorität eingeräumt" wird.

78 KLAUS A. VALLENDER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, BV 26 N 15 und N 20; BARRELET/EGLOFF, URG 1. Titel und Ingress, N 8; REHBINDER/VIGANÒ, URG 1 N 3; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL MEER, in: SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2006, 149; BAUMGARTNER, 39; BGE 131 III 480, 490, E. 3.1; BGE 120 Ia 120, 121.

Für den urheberrechtlichen Kontext sind die Vorgaben der Verfassung dahingehend zu verstehen, dass eine möglichst weite und uneingeschränkte Verbreitung von Informationen gewährleistet werden soll, ohne dabei das Eigentum in unzulässiger Weise einzuschränken[79] oder dieses ohne volle Entschädigung zu entziehen oder zu beschränken.

Die Auffassung der herrschenden Lehre grenzt die Beschränkung des Eigentums vergleichsweise stärker ein, führt aber insofern zu einer Einschränkung der Informationsfreiheit, als Werke nur in Auszügen und nicht in vollem Umfang vervielfältigt und verbreitet werden dürfen. Diese Auslegung hätte zur Folge, dass die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV" (unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen[80]) an der Auslegung von Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a URG scheitern müsste, obwohl dieses Angebot die Verbreitung von Informationen fördert und damit aus verfassungsrechtlicher Sicht als wünschenswert erscheint. Die hier vertretene Auslegung hingegen, gewährleistet die Informationsfreiheit in uneingeschränkter Weise und reduziert die damit einhergehende Einschränkung des Eigentums insofern auf ein Mindestmass, als die fraglichen Nutzungen voll entschädigt werden[81]. Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben ist die hier vertretene Auslegung deshalb gegenüber der herrschenden Lehre vorzuziehen.

5. Kein Erfüllen der Tatbestandsvoraussetzungen

Selbst wenn man, entgegen den vorstehenden Ausführungen, mit der herrschenden Lehre zur Auffassung gelangen sollte, dass Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV" anzuwenden sei, wären die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht ohne weiteres erfüllt.

Nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nicht zulässig ist „die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare". Mit dieser Regel wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Schranken von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 URG „eine **direkte Konkurrenzierung** des Verkaufs von Werkexemplaren"[82] zulassen und damit „eine **schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung** schlagen, die dem Urheber vorbehalten werden muss"[83]. Im Gegenzug stellte der Gesetzgeber aber sogleich klar, dass das Kopieren von Auszügen aus im Handel erhältlichen Werkexemplaren zulässig sei; namentlich dürften „ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine Kurz-

---

79 Die Voraussetzungen für Einschränkungen der Eigentumsgarantie ergeben sich aus Art. 36 BV. Erforderlich sind demnach eine gesetzliche Grundlage, eine Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter sowie die Einhaltung der Verhältnismässigkeit. Der Kerngehalt ist zudem unantastbar. Diese Voraussetzungen werden durch die Schranken des Urheberrechts jedenfalls dann erfüllt, wenn die Vorgaben des Dreistufentests eingehalten werden; siehe dazu hinten, D.1.

80 Siehe dazu gerade nachfolgend, B.5.

81 Siehe dazu hinten, C.

82 Botschaft, BBl 1989 III 541; Botschaft, BBl 1984 III 222; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 32; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 31; GASSER, S. 119.

83 Botschaft, BBl 1989 III 541; REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 32.

geschichte aus einem Sammelband (oder) ein Musikstück aus einer Schallplatte"[84] kopiert oder überspielt werden.

Die Ausführungen in der Botschaft belegen, dass der Gesetzgeber mit Art. 19 Abs. 3 lit. a URG einen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und Werknutzer schaffen wollte, der darin bestand, dass ein „selektives Kopieren und Überspielen" zulässig sein, eine Grenze aber dann bestehen soll, wenn das Primärangebot der Rechtsinhaber direkt konkurrenziert und die kommerzielle Werknutzung in schwerwiegender Weise gefährdet wird. Diesen **Interessenausgleich** hat der Gesetzgeber **vor dem Hintergrund einer analogen Welt** gefunden und in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG gesetzlich festgehalten. Entscheidend ist dabei, dass in der analogen Welt anfangs der 90er Jahre die weit überwiegende Zahl von Werken nicht als solche im Handel erhältlich war. Vielmehr wurde ein Werk in aller Regel zusammen mit anderen Werken in Werkexemplaren angeboten, etwa auf Schallplatten, in Zeitschriften oder Sammelbänden. Nur eine kleine Zahl von typischerweise umfangreichen Werken (bspw. Romane) waren als solche im Handel erhältlich. Dies hat sich mit dem Übergang ins digitale Zeitalter grundlegend geändert: Heute sind die meisten Werke als solche im Handel erhältlich, der Werkkonsument kann also namentlich einzelne Songs, Filme, Artikel oder Texte als solche online erwerben. Bei unbesehener Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG auf die digitale Welt wird damit zwar dem Gesetzeswortlaut Genüge getan, der vom Gesetzgeber vorgesehene Interessenausgleich aber ausgehebelt.

Dieses **Problem** hat auch die **Lehre längst erkannt**: Wird Art. 19 Abs. 3 lit. a URG streng nach dem Wortlaut angewendet, hat es der Rechtsinhaber in der Hand, etwa durch Anbieten einzelner Artikel über ein Internetarchiv, den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG massiv auszudehnen und den Interessenausgleich ins Leere laufen zu lassen. Die Lehre kritisiert denn auch, dass „angesichts der dadurch entstehenden erheblichen Beeinträchtigung der Nutzerinteressen die Angemessenheit der Norm in Frage gestellt sein dürfte"[85]; die Autoren fühlen sich aber dennoch an eine Anwendung nach dem Wortlaut gebunden[86].

Angesichts des fundamentalen Wandels in der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke erscheint eine strikt am Wortlaut orientierte Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nicht angemessen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf **vom Wortlaut** einer Norm **abgewichen** werden, **wenn triftige Gründe** für die Annahme bestehen, dass dieser **nicht den wahren Sinn der Regelung** wiedergibt[87]. Dies ist hier aufgrund des technologischen Wandels der Fall. Insofern ist zu präzisieren ist, dass der Wortlaut den wahren Sinn der Regelung zwar früher erfasste, heute aber nicht mehr richtig wiedergibt. Statt mit der herrschenden Lehre auch im digitalen Zeitalter an einer wörtlichen Anwendung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG festzuhalten und deren Unangemessenheit zu bedauern, muss sich die Auslegung richtigerweise

---

84 Botschaft, BBl 1989 III 541.

85 GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 37; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23a; BU, 78.

86 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23 f.; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 37 f.

87 Siehe dazu vorn, B.3.a.

an Sinn und Zweck der Norm orientieren und die *ratio legis* im Sinn einer **teleologisch-zeitgemässen Auslegung**[88] auf den heutigen Kontext übertragen.

Dieser Ansatz erscheint für die vorliegende Norm insofern besonders angezeigt, als der Gesetzgeber die *ratio legis* in der Botschaft zur Totalrevision des URG von 1992 in besonders deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht hat; Lehre und Rechtsprechung haben die *ratio legis* denn auch bestätigt: Wie bereits ausgeführt, soll die Gegenausnahme von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nach dem Gesetzgeber verhindern, dass durch die Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare „eine direkte Konkurrenzierung des Verkaufs von Werkexemplaren"[89] zugelassen wird. Unzulässig ist nach der Lehre „die Herstellung von Werkexemplaren, welche das völlig identische Bedürfnis befriedigen wie die im Handel erhältlichen Exemplare"[90]. Mit Bezug auf den zulässigen Umfang hält das Bundesgericht sodann fest: „Von einer weitgehend vollständigen Vervielfältigung des Werkexemplars ist auszugehen, wenn in Anbetracht des Umfangs der Kopie für den Durchschnittskonsumenten der Kauf des vollständigen Exemplars uninteressant wird"[91]. Bei einer Auslegung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nach Sinn und Zweck der Norm greift diese damit immer – aber nur – dann, wenn die fragliche Vervielfältigung das **identische Bedürfnis befriedigt, wie das Angebot der Rechtsinhaber** und dieses damit **direkt konkurrenziert.**

Für die vorliegende Ausgestaltung von „Catch-up TV" erscheint dies zumindest fraglich. Die Frage nach der Befriedigung des identischen Bedürfnisses und der direkten Konkurrenzierung ist aus Sicht der Werkkonsumenten zu beantworten. Entscheidend ist dabei, ob diese das Angebot der Rechtsinhaber – insb. „Video on Demand" sowie Angebote auf physischen Datenträgern – nicht mehr nutzen würden, weil bestimmte Filme oder Sendungen aus ihrem Angebot während 30 Stunden nach deren Ausstrahlung über TV auch über „Catch-up TV" angesehen werden können. Klar ist dabei, dass eine Konkurrenzierung jedenfalls nur während 30 Stunden besteht. Davor und danach wird die Nachfrage nach dem Angebot der Rechtsinhaber in keiner Weise durch „Catch-up TV" befriedigt. Fraglich ist überdies, ob tatsächlich ein relevanter Teil der Kunden bereit ist, einen Film gegen Entgelt über „Video on Demand" anzusehen, wenn ebendieser Film ein Tag zuvor im Free-TV ausgestrahlt worden ist. Für Sendungen kommt hinzu, dass diese regelmässig von den Sendeunternehmen selbst während sieben Tagen nach der Ausstrahlung auf der Website des Senders unentgeltlich angesehen werden können. Eine kommerziell relevante Konkurrenzierung durch „Catch-up TV" liegt damit wohl nicht vor. Auch wenn die Frage der Konkurrenzierung der Angebote, die letztlich tatsächlicher Natur ist, in diesem Rechtsgutachten nicht abschliessend beantwortet werden kann, lässt sich immerhin sagen, dass das Angebot von „Catch-up TV" nicht das identische Bedürfnis befriedigen kann, wie das ungleich umfassendere Angebot der Rechts-

---

88 Siehe dazu vorn, A.1.b.

89 Botschaft, BBl 1989 III 541.

90 BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 23; unter Verweis auf Botschaft, BBl 1984 III 222; Botschaft, BBl 1989 III 541; GASSER, in: Müller/Oertli, URG 19 N 38; DERS., 122; BU, 78; BAUMGARTNER, 86.

91 BGE 133 III 473, 478.

inhaber und dieses damit jedenfalls nicht in einer Weise konkurrenziert, die dessen Marktchancen in Frage stellen könnte.

C. Vergütungspflicht nach Art. 20 URG

***Frage:** Falls ein Anwendungsfall nach Frage 1 gegeben ist: Besteht eine Vergütungspflicht im Sinn von Art. 20 URG?*

Der Anbieter der vorliegenden Ausgestaltung von „Catch-up TV" ist, wie vorstehend ausgeführt[92], als Dritter im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG zu qualifizieren.

Wer als Drittperson nach Art. 19 Abs. 2 URG Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt, schuldet dem Urheber bzw. Rechtsinhaber nach Art. 20 Abs. 2 URG eine Vergütung. Ebendies ist hier der Fall, die Vergütung ist also vom Anbieter von „Catch-up TV" zu leisten[93]. Die Höhe der Vergütung hat sich dabei an der Anzahl der Kunden der Anbieter von „Catch-up TV" und der Anzahl der von diesen ausgewählten Sendern zu richten, nicht nach der Anzahl der im Rahmen dieses Angebots tatsächlich erstellten Vervielfältigungen.

Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 20 Abs. 4 URG). Für die Vergütungen muss ein Tarif aufgestellt werden (Art. 46 Abs. 1 URG).

D. Kontrollüberlegungen

1. Prüfung nach dem Dreistufentest

Die vorliegend ausgeführte Auslegung von Art. 19 f. URG ist nur haltbar, wenn das Ergebnis dem sog. Dreistufentest genügt, der als staatsvertragliche Vorgabe die Möglichkeiten der nationalen Gesetzgeber zur Beschränkung der urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte begrenzt. Den Vorgaben des Dreistufentests muss dabei nicht nur die gesetzliche Regelung genügen, sondern auch deren Auslegung und Anwendung[94].In der Formulierung des TRIPS lautet der Test: „Die Mitglieder grenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle ein, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber unangemessen verletzen (Art. 13 TRIPS)[95].

---

92 Siehe dazu vorn, A.3.

93 Siehe dazu auch den Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2009 betreffend den GT 12, Ziff. 5.

94 Siehe dazu BGE 133 III 473, 485 ff., E. 6.

95 Im Wesentlichen übereinstimmend: Art. 10 Ziff. 1 WCT und Art. 16 Ziff. 2 WPPT. In den Voraussetzungen übereinstimmend, aber nur für Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts: Art. 9 Abs. 2 RBÜ: „Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter

Die **erste Teststufe**, nach der Beschränkungen und Ausnahmen auf **bestimmte Sonderfälle** eingegrenzt werden müssen, schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus; vielmehr muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Beschränkung verfolgt wird[96]. Im vorliegenden Fall besteht die Beschränkung der Ausschliesslichkeitsrechte der Rechtsinhaber allein darin, dass sie die Vervielfältigung ihrer Werke durch Dritte und deren Abrufbarkeit während 30 Stunden nach deren Sendung über TV nicht verhindern können. Die Beschränkung betrifft damit einen sehr spezifischen Sonderfall. Die erste Teststufe ist damit ohne weiteres erfüllt[97].

Nach der **zweiten Teststufe** darf die **normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigt** werden. Diese Stufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts; die normale Verwertung bestimmt sich dabei nach der Art des fraglichen Rechts und dem diesbezüglichen Absatzmarkt[98]. Die Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte an **Kinofilmen** erfolgt in aller Regel in einer zeitlich gestaffelten Kaskade: (1) Kinoverwertung: 6 Monate, (2) DVD (und andere Datenträger): 12 Monate, (3) Pay-TV: 12 Monate (4) Free-TV: frühestens 30 Monate nach Kinostart. Die Verwertung über „Video on Demand" beginnt nach der Beendigung der Kinoverwertung und erfolgt parallel zu den anderen Verwertungsarten. Die Urheber- und Leistungsschutzrechte an **Sendungen** werden in erster Linie durch einmalige (allenfalls mehrmalige) Sendung über TV sowie durch Zugänglichmachen über Internet verwertet. Die Sendungen sind dabei typischerweise während sieben Tagen nach der Ausstrahlung im TV unentgeltlich auf der Website des Sendeunternehmens erhältlich und werden danach gegen Entgelt auf der Website der Sendeunternehmen oder von einem „Video on Demand"-Anbieter angeboten. Bei **Kinofilmen** erfolgt die Verwertung über einen vergleichsweise langen Zeitraum, der die Amortisation der hohen Produktionskosten ermöglichen soll. Die Verwertung über Free-TV ist dabei das letzte Glied in der Verwertungskette und erfolgt regelmässig nicht vor Ablauf von 30 Monaten nach dem Kinostart. Für die Verwertung von Kinofilmen scheint schon aufgrund der langen Verwertungskette klar, dass das Angebot von „Catch-up TV" die normale Verwertung nicht beeinträchtigen kann, zumal dieses Angebot erst besteht, nachdem der Kinofilm im Free-TV gezeigt und die Verwertungskette damit die letzte Stufe erreicht hat, die normale Verwertung also nahezu vollständig abgeschlossen ist. Da das Angebot von „Catch-up TV" nur während 30 Stunden nach der Sendung über Free-TV besteht, wird auch die zeitlich parallel (schon seit der Beendigung der Kinoverwertung) laufende Verwertung über „Video on Demand", wenn überhaupt, dann jedenfalls nur in sehr geringem Mass betroffen ist. Damit erscheint klar, dass die normale Verwertung von Kinofilmen durch „Catch-up TV" nicht beeinträchtigt wird. Nichts anderes gilt für die Verwertung der Rechte an **Fernsehsendungen**, zumal diese während des Angebots von „Catch-up TV" (und noch mehrere Tage

---

der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtig noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt".

96 Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 485, E. 6.1.

97 Siehe dazu auch die Bewertung des Bundesgerichts in BGE 133 III 473, 486, E. 6.2.

98 Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 486, E. 6.1.

danach) typischerweise von den Sendeunternehmen selbst unentgeltlich auf ihren Websites angeboten werden. Auch auf Ebene der Werbeeinnahmen sind keine Einbussen zu erwarten, weil die Sendungen über „Catch-up TV" mitsamt der Werbung abgerufen werden, die in den Minuten vor, während und nach der jeweiligen Sendung ausgestrahlt worden ist.

Auf der **dritten Teststufe** ist eine **Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn** vorzunehmen. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ist dabei unzulässig, wenn dieser so stark ist, dass er für die Rechtsinhaber nicht zumutbar ist[99]. Dies ist dann der Fall, wenn die Interessen Dritter diejenigen der Rechtsinhaber nicht zu überwiegen vermögen[100]. Durch die Zahlung einer Vergütung kann der Eingriff in die berechtigten Interessen überdies so abgemildert werden, dass keine Verletzung der dritten Teststufe vorliegt[101]. Die durch die Schranke berechtigten Dritten, also die Kunden von „Catch-up TV", haben ein massgebliches Interesse an einer zeitlichen Flexibilisierung des Konsums der gesendeten Inhalte. Diese Flexibilisierung entspricht nicht nur einem allgemeinen Trend, sondern auch einem zunehmenden Bedürfnis der Informationsgesellschaft. Besonders bei News-Sendungen besteht auch ein gesamtgesellschaftliches Interesse, einen Zugriff auch dann zu ermöglichen, wenn ein Kunde den Zeitpunkt der Erstausstrahlung verpasst hat. Zentral ist sodann, dass der Eingriff durch die Zahlung einer Vergütung kompensiert[102], den Rechtsinhabern also anstelle des Verbotsrechts ein Vergütungsanspruch eingeräumt wird[103]. Vor diesem Hintergrund erscheint das Interesse der Dritten an der Möglichkeit zur Nutzung des Angebots von „Catch-up TV" gegenüber dem Interesse der Rechtsinhaber an einem Verbotsanspruch klar zu überwiegen. Entsprechend erscheint der zeitlich eng limitierte, angemessen entschädigte und damit durchaus geringfügige Eingriff in die Interessen der Rechtsinhaber als zumutbar. Damit sind auch die Vorgaben der dritten Teststufe erfüllt.

2. Sinn und Zweck zwingender Kollektivverwertung

Das vorliegende Ergebnis der Auslegung von Art. 19 und Art. 20 URG wird durch einen Quervergleich mit der Schrankenbestimmung von Art. 22 URG bestätigt. Nach **Art. 22 Abs. 1 URG** können die Rechte, gesendete Werke zeitgleich und unverändert wahrnehmbar zu machen oder im Rahmen der Weiterleitung eines Sendeprogrammes weiterzusenden, nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass die **Wahrnehmbarmachung und Weiterleitung von Sendeprogrammen** nur möglich ist, wenn hierzu nicht die Zustimmung jedes einzelnen Rechtsinhabers eingeholt

---

99 Botschaft, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, 485, E. 6.1.

100 BGE 133 III 473, 485 f., E. 6.1.; GASSER/MACCIACCHINI/OERTLI, in: Müller/Oertli, Vor URG 19 N 16; MARTIN SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 211; JONAS BORNHAUSER, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern 2010, Rn. 243.

101 BGE 133 III 473, 485 f., E. 6.1.; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 209, 211; BAUMGARTNER, 112.

102 Siehe dazu vorn, C.

103 Ebenso: BGE 133 III 473, 487, E. 6.3.

werden muss[104]. Wäre dies der Fall, könnte ein solches Angebot nicht realisiert werden, weil mit jedem einzelnen Rechtsinhaber über die Nutzung der fraglichen Rechte verhandelt und eine Einigung erzielt werden müsste; dies erscheint nahezu unmöglich, wäre aber jedenfalls mit prohibitiv hohen Kosten verbunden. Hinzu kommt, dass jeder einzelne Rechtsinhaber in der Lage wäre, durch Verweigerung seiner Zustimmung das Angebot insgesamt zu verunmöglichen oder aufgrund seiner, aus dieser Position entstehenden, Verhandlungsmacht ein unangemessen hohes Entgelt zu verlangen, sog. „hold up"[105]. Die Schranke von Art. 22 Abs. 1 URG löst das Transaktionskosten- und das „hold up"-Problem durch einen Verwertungsgesellschaftszwang und macht das in Frage stehende Angebot damit erst möglich.

Dasselbe Problem wie bei der Wahrnehmbarmachung und Weiterleitung von Sendeprogrammen besteht auch für das Angebot von „Catch-up TV". Hier wie dort könnte das Angebot nicht verwirklicht werden, wenn jeder einzelne Rechtsinhaber in der Lage wäre, die Nutzung seiner Werke oder Leistungen durch Geltendmachung seiner Verbotsrechte zu verhindern. Und hier wie dort kann das Problem dadurch gelöst werden, dass die Ausübung der Verbotsrechte durch die Rechtsinhaber entweder durch einen Verwertungsgesellschaftszwang (Art. 22 Abs. 1 URG) oder durch eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungsanspruch (Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 4 URG) ersetzt wird. Die Parallelität von Problemstellung und Lösungsmöglichkeit sprechen dafür, dass die für die vorliegende Fragestellung durch Auslegung von Art. 19 und 20 URG gefundene Lösung, die im Ergebnis mit der vom Gesetzgeber in Art. 22 Abs. 1 URG vorgesehenen Lösung übereinstimmt, als richtig anzusehen ist.

* * * * *

Prof. Dr. Florent Thouvenin

---

104 Der in Art. 22 Abs. 1 URG vorgesehene Verwertungszwang soll denn auch die „Funktionsfähigkeit von Kabelunternehmen" sicherstellen; so REHBINDER/VIGANÒ, URG 22 N 1; im Ergebnis ebenso BARRELET/EGLOFF, URG 22 N 1 f.; Botschaft, BBl 1989 III 543.

105 Siehe zu dieser Problematik: BARRELET/EGLOFF, URG 22 N 1; BGE 107 II 91.

IG ISP

AGUR 12 – Sitzung «Rechtsdurchsetzung II» vom 8. Mai 2013

Antworten auf Forderungen der Rechteinhaber

Letzte Botschaften zur Diskussion

- Begrüsst wird eine gemäss IGE denkbare «Selbstregulierung der Internetprovider gegen illegale Uploads oder der Einsatz von Warnhinweisen zur Aufklärung auf moralisch fragwürdige Seiten» (E. Meyer, NZZ vom 18.4.2013).

- Es wird vom Bundesrat eine Gesetzesvorlage gefordert, «welche die juristische Verantwortlichkeit von Internetprovidern (Content, Hosting und Access) regelt und die zivil- und strafrechtliche Verfolgung von Rechtsverletzungen, die mit Hilfe des Internets begangen werden, erleichtert (Motion Riklin vom 21.3.2013).

Adressaten (I)

- Internet Access-Anbieter (z.B. Orange, Sunrise, Swisscom, upc): Deren Leistung besteht in der **Bereitstellung von Internet-Konnektivität**, also dem Transfer von Internet Protokoll-Paketen in und aus dem Internet.
- Aus rechtlicher Sicht handelt es sich um eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen und damit um einen Fernmeldedienst.
- Das Anbieten von Fernmeldediensten und das Überwachen von Fernmeldediensten ist durch Bundesgesetze (FMG / BÜPF) abschliessend reguliert.

Adressaten (II)

- Hosting Service-Anbieter (z.B. Green, VTX, YouTube): Deren Leistung besteht in der **Bereitstellung von Diensten für Dritte zur Speicherung von Information**
- Aus rechtlicher Sicht handelt es sich **nicht** um eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen und damit **nicht** um einen Fernmeldedienst.
- Die Tätigkeit von Hosting Service-Anbietern ist in der Schweiz nicht spezialgesetzlich reguliert.
- Die Inanspruchnahme von Hosting-Diensten in der Schweiz (Server, etc.) erfolgt gemäss vertraglichen Vereinbarungen mit dem potenziellen Verletzer mit der entsprechenden Disziplinierungsgewalt.

Adressaten (III)

- Internet Inhalt-Anbieter (z.B. iTunes, Spotify, bwin, etc.): Deren Leistung besteht im **Bereitstellen von eigenen oder fremden Inhalten** über das Internet.
- Der Internet Inhalt-Anbieter ist verantwortlich, dass die von ihm bereitgestellten Internet-Inhalte im Rahmen der geltenden und anwendbaren Rechtsordnung nicht rechtswidrig sind.

  „Geklärt ist hierzulande einzig, dass die Urheber rechtswidriger Inhalte (Content Provider) juristisch verantwortlich sind; sie sind aber schwierig zu identifizieren und können deshalb juristisch kaum je zur Rechenschaft gezogen werden." (Motion Riklin vom 23.3.2013)
- Also: Lösung bei Access- und Host-Anbieter!/?

Hosting: Selbstregulierung

- <u>SIMSA Code of Conduct Hosting</u>:
  - definiert technologieneutrale Verhaltensgrundsätze für Schweizerische Hosting-Anbieter im Umgang mit unzulässigen Inhalten,
  - richtet sich an Unternehmen und Personen, die Hosting-Dienste betreiben und dem Schweizer Recht unterstehen,
  - beinhaltet ein Notice and take down-Verfahren mit Anzeigerecht für Eigentümer oder Lizenznehmer von Urheberrechten und Sperrberechtigung des Hosting-Anbieters,
  - beinhaltet vertragliche Mindestbestimmungen für Beziehung zwischen Hosting-Anbieter und Hosting-Kunde
- <u>Selbstregulierung ist bereits Tatsache!</u>

Hosting: Eigenverantwortung

- Beispiel Google / YouTube:
  - Copyright Removal Requests gestützt auf DMCA werden durchschnittlich in 6 Stunden umgesetzt,
  - In einer Woche finden aktuell rund 4.5 Mio. solcher Removals statt (vgl. Online Transparency Report),
  - Gültige Copyright Removal Requests werden als Signal in das Ranking von Suchresultaten einbezogen und Seiten mit einer Vielzahl solcher Requests werden tiefer gerankt.
- Nicht-regulierte Massnahmenprogramme gegen Piraterie: Sie sind bereits Tatsache!

Zwischenfazit

- Selbstregulierung und Massnahmenpakete ausserhalb von rechtlichem Zwang funktionieren zum Vorteil von Hosting- und Content-Anbietern, Rechteinhabern und Konsumenten.
- Solche Massnahmen sind länderbezogenen und statischen Eingriffen der Gesetzgebung überlegen.
- Das Internet als Innovationstreiber bleibt «dynamisch» und es etablieren sich Systeme, die schwarze Schafe zunehmend ausgrenzen.
- Es finden dabei keine Eingriffe in verfassungs-mässige Rechte von Internet-Nutzern statt!

<u>An wen richten sich dann die Botschaften/Forderungen der Rechteinhaber? Um was geht es konkret?</u>

Forderungen der Rechteinhaber

- Fall 1: Blockierung von ca. 200 bis 300 Internetseiten, die «im grossen Stil illegale Inhalte anböten» (M. Näf, NZZ vom 18.4.2013): Ein Internet Access-Anbieter soll auf private Anzeige hin eine DNS-Blockierung dieser Seiten vornehmen.
- Fall 2: Zur Bekämpfung von Peer to Peer-File Sharing Angeboten sollen Internet Access-Anbieter die privat gesammelten anonymen dynamischen Internet Protokoll-Adressen anhand der gespeicherten Internetverkehrsdaten «personalisieren» und so die Nutzer dieser Angebote kontaktieren, warnen und sanktionieren.

Forderungsbegründung

Und das,

- weil der Störer an einem «exotischen Standort» residiert oder sich «technisch versteckt» (Zitate aus Motion Ricklin vom 21.3.2013),
- weil die Strafverfolgungsbehörden Anzeigen gegen unbekannt, die mit dynamischen Internet Protokoll-Adressen unterlegt werden, seit dem Logistep-Urteil des Bundesgerichts nicht mehr verfolgen wollen.

<u>Also: Lösung Access Service-Anbietern!/?</u>

- Über Selbstregulierung ?
- Über Gesetzesänderungen mit Grundrechtseingriff ?

Access: Selbstregulierung (Fall 1)

- Die Access-Anbieter nehmen schon heute regelmässig DNS-Blockierungen von Webseiten mit illegalen Inhalten vor: Dazu bedarf es einer Strafanzeige der Rechteinhaber und einer entsprechenden Verfügung eines zuständigen Strafverfolgungsorgans.
- In diesem Fall kommt der Logistep-Fall gar nicht zur Anwendung, weil es dazu keine dynamischen IP-Adressen benötigt.
- Ohne staatliche Anordnung greift der Access-Provider allein auf einen privaten Hinweis in verfassungsmässige Rechte Dritter ein (Informationsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit).

Access: Selbstregulierung (Fall 1)

- Fazit: Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich der Access-Provider als parastaatliches Strafvollzugsorgan betätigen und sich so rechtlich exponieren sollte.
- Die Rechteinhaber sprechen von unmöglicher Rechtsdurchsetzung, die aber z.B. bei anderen über das Internet anonym begangenen Straftaten funktioniert.
- Es wird immer nur im Zusammenhang mit dem Fall 2 von «untätigen Behörden» gesprochen / im Fall 1 scheinen eher die Rechteinhaber untätig zu sein.
- Es besteht – ohne Praxis – kein Anlass für eine Selbstregulierung (oder gar eine Gesetzesänderung)

Access: Selbstregulierung (Fall 2)

- Eine Selbstregulierung über einen Code of Conduct wie bei Hosting-Diensten ist **aus zwingenden gesetzlichen Gründen nicht möglich**:
- Weil das Zusammenführen von anonymen IP-Adressen mit fernmeldedienstlich gespeicherten Verkehrsdaten zu einer «Personifizierung» von IP-Adressen führt und diese zu Personendaten werden (BGE 136 II 508, 513 ff., E.3).
- Weil die Verwendung von Adressierungselementen und Personendaten bei Fernmeldediensten über Art. 43 FMG (Fernmeldegeheimnis) und Art. 80 FDV (Bearbeitung von Verkehrsdaten) abschliessend geregelt ist.

Access: Selbstregulierung (Fall 2)

- Weil die Zuordnung von anonymen dynamischen IP-Adressen zu einem Kunden des Access-Anbieters nur deshalb erfolgen kann, weil gemäss BÜPF Verkehrsdaten 6 Monate gespeichert werden müssen.
- Weil die Herausgabe von durch das Fernmeldegeheimnis geschützten Adressierungselementen und Personendaten nur in den vom BÜPF vorgesehenen Fällen erfolgen darf.
- Weil alles andere dazu führen würde, dass der Access-Anbieter ohne gesetzliche Grundlage und staatliche Ermächtigung in verfassungsmässig geschützte Rechte der Konsumenten (Art. 13 Abs. 1 und 2 BV) eingreifen würde.

Access: Selbstregulierung (Fall 2)

- Ein Debriefing-Text der AGUR 12, wonach ein Access-Anbieter – wie bei Hosting-Diensten – im Rahmen der geltenden Rechtsrahmens gestützt auf einen Code of Conduct auf Hinweise von Rechteinhabern Warnungen an Kunden zustellen soll, kann von der IG ISP und deren Mitgliedern nicht mitgetragen werden.
- Selbstregulierung bedeutet im staatlich regulierten Access-Dienstbereich eine enorme Rechtsunsicherheit mit weitreichenden Folgen für das Angebot von Internet-Zugangsdiensten in der Schweiz.
- Selbstregulierung bedeutet aus der Sicht der ISP und deren Kunden eine Verschlechterung des Status Quo ohne rechtsstaatliche Grundlage.

Access: Gesetzesänderung (Fall 2)

- Für die Umsetzung der im Fall 2 geforderten Massnahme müssten zwingend Bundesgesetze geändert werden.
- Mit diesen Änderungen wird in verfassungsmässig geschützte Rechte von Konsumenten (Schutz des Fernmeldeverkehrs, Persönlichkeitsschutz, Informationsfreiheit) und ISP (Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit) eingegriffen, sofern gesetzliche Verpflichtungen zu Kosten führen, die von den ISP getragen werden müssen
- D.h. eine Massnahme muss durch ein ausreichendes öffentliches Interesse begründet und verhältnismässig (geeignet und erforderlich) sein.

Access: Gesetzesänderung (Fall 2)

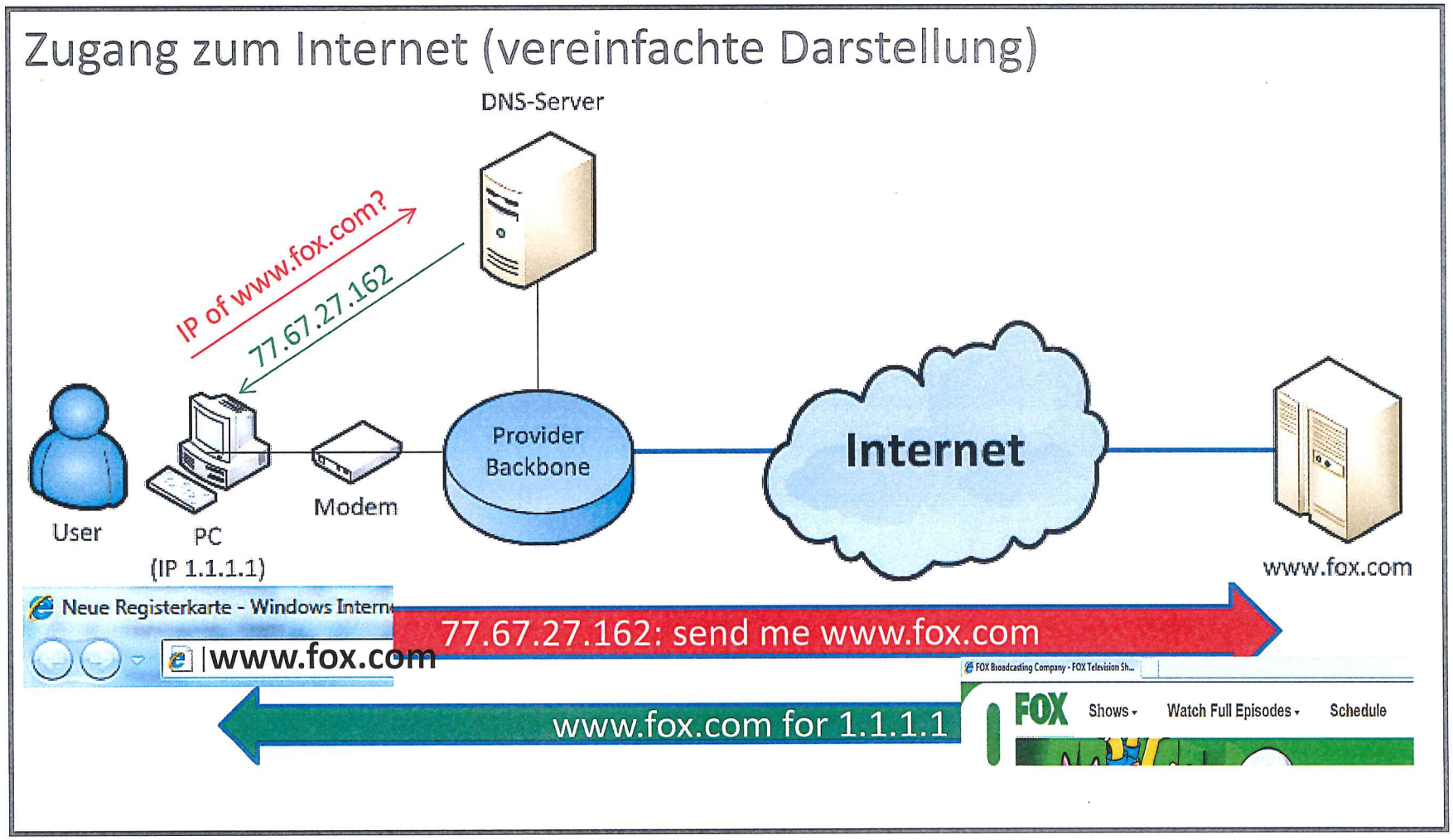
- Im Rahmen eines Gesetzgebungsprozesses wird es Aufgabe und Absicht der Access-Anbieter sein, im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung und der Abwägung von privaten und öffentlichen Interessen auf Konsequenzen hinzuweisen, die durch die Änderung der geltenden Rechtslage eintreten.
- Es ist nicht die Aufgabe der Access-Anbieter, einen Konsens in Bezug auf die Frage mitzutragen, ob es eine Gesetzesänderung braucht oder nicht.
- Aus der Sicht der Access-Anbieter braucht es sie nicht, weil heute Rechtssicherheit besteht und im Hosting-Bereich die Selbstregulierung funktioniert.

Access: Gesetzesänderung (Fall 2)

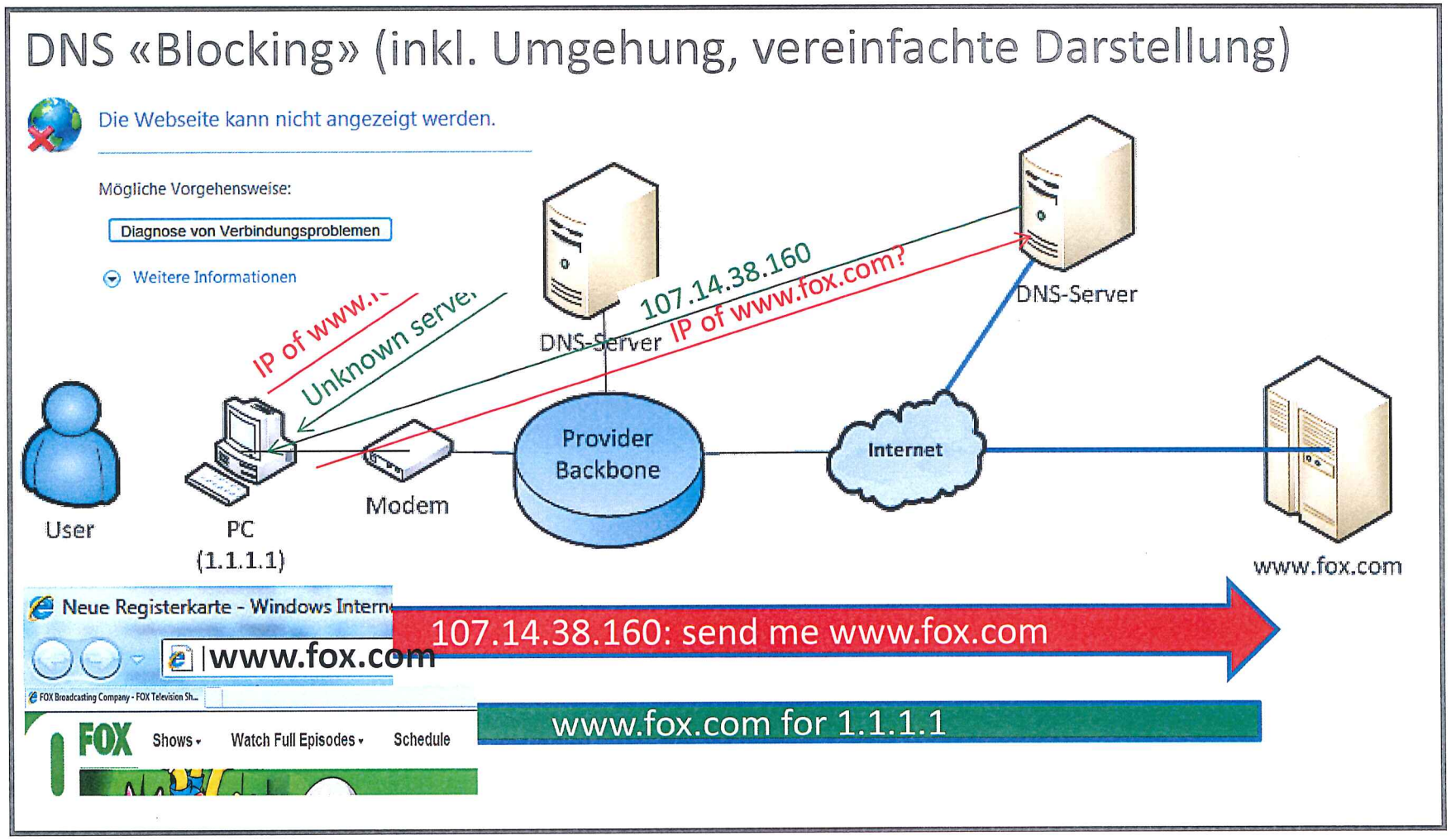
- Zur Frage, ob eine Gesetzesänderung zwecks Einführung der von den Rechteinhabern geforderten Massnahme verhältnismässig wäre, bestehen aus objektiver Sicht heute Fragezeichen, da technische und operative Einschränkungen die beabsichtigte Wirkung verhindern und zu ungewollten Eingriffen in weitere Rechtsgüter führen würden.
- Provider-haftung gesetzlich regeln heisst im europäischen Kontext eine Haftungsbefreiung für Access- und Host-Provider (mere conduit-Prinzip) und nicht deren Kausalhaftung einführen.
- Es gibt kein EU-Recht, das einfach nachvollzogen werden kann.

Back up

Verbindungen im Internet



DNS «Blocking» (1/3)



DNS «Blocking» (2/3)

- <u>Wirkung</u>:
  - Anfrage für Zugang zu einer Internetseite wird negativ beantwortet, die Seite wird «versteckt», bzw. umgeleitet
  - gering, weil Domain gewechselt werden kann
  - hohe Kosten für laufende Anpassungen
  - keine Transparenz für den Kunden, weshalb eine DNS «geblockt» wird

DNS «Blocking» (3/3)

- Nutzen:
  - keine physische Blockade wie beim IP-Blocking
  - DNS-Eintrag ist nur nicht mehr leicht bzw. direkt auffindbar
  - leicht zu umgehen (Änderung DNS-Server-Einträge im PC und in der Router-Konfiguration, Hinzufügen der versteckten Seite zu den .host-Dateien, Zugang via eigenem DNS-Server, Proxy-Server oder VPN)
  - ganze Domain und damit auch unbeteiligte Dienste werden blockiert (d.h. auch Nutzungen, die legal sind)
  - keine Präzision bei der Verfolgung illegaler Aktivitäten

Alert Systeme (1/4)

- Massnahme: Graduated Response- oder Alert Systeme
- z.B. US Copyright Alert System:
  - ISP muss einen aufgrund einer IP-Adresse adressierbaren Kunden zweimal abmahnen mit dem Hinweis, wie file sharing-Software vom PC entfernt werden kann;
  - es folgt eine weitere Abmahnung zusammen mit einer automatischen Umlenkung des Browsers auf eine Homepage, wo ein Video über Urheberrecht und die Konsequenzen von Verletzungen abgespielt wird;
  - der Kunde kann sich nur befreien, indem er einen «Acknowledgment Button» drückt;

Alert Systeme (2/4)

- falls die Verletzungen weiter gehen, kann der Kunde eine Review des Falls bei der «American Arbitration Association» beantragen oder der ISP reduziert die Geschwindigkeit des Internet Anschlusses;
- falls die Verletzungen nach der sechsten Abmahnung weitergehen, muss der ISP keine weiteren Massnahmen mehr unternehmen und
- der Rechteinhaber muss einen Gerichtsentscheid erlangen, der den ISP verpflichtet, den Namen und die Kontaktdaten des Kunden herauszugeben, über dessen IP-Adresse sich die Verletzungen angeblich ereignen.

Alert Systeme (3/4)

- Wirkung:
  - Alerts sensibilisieren die Masse und damit vor allem auch Einmaltäter oder Mitläufer
  - Streuverluste sind gross (Adressaten sind auch offensichtliche Nicht-Täter)
  - «Kollateralschäden» sind je nach Ausgestaltung erheblich oder weniger erheblich (temporärer Zwang, Geschwindigkeitsreduktion, Access Sperre)
  - es müssen die administrativen und technischen Rahmenbedingungen geschaffen werden (inkl. zentralen Beschwerdeinstanzen für Kunden)

Alert Systeme (4/4)

- Nutzen:
  - umstritten, ob damit die tatsächlichen Täter von Verletzungspraktiken abgehalten werden, da die technischen Umgehungsmöglichkeiten (z.B. über VP oder TOR-Netzwerke; mobile Netze) manigfaltig sind;
  - «Our data shows that current anti-piracy efforts are visible but their overall impact appears to be rather limited. Furthermore, our analysis of the file-sharing ecosystem suggests that future antipiracy measures that are currently under discussion may not be as successful as their proponents might expect».

(vgl. dazu z.B. Northeastern University, Boston & TU Wien, Clickonomics: Determining the Effect of Anti-Piracy Measures for One-Click, http://de.scribd.com/doc/119451991/clickonomics-ndss2013)

Stellungnahme zum "Positions- und Diskussionspapier zur Verbesserung des urheberrechtlichen Schutzes für Medienverlage" Verband SCHWEIZER MEDIEN

1. Einleitung

Google hat das "Positions- und Diskussionspapier zur Verbesserung des urheberrechtlichen Schutzes für Medienverlage" des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN (nachstehend "Positionspapier") zur Kenntnis genommen und begrüsst, dass darin offenbar auf die bisher gestellte Forderung nach einem Leistungsschutzrecht verzichtet wird.

Weiter anerkennt Google den vom Verband SCHWEIZER MEDIEN in seiner Präambel angeführten Grundsatzgedanken, dass Urheberrechtsinhaber auch im Bereich der digitalen Medienangebote gebührend abgegolten werden sollen. Vor allem aber freut sich Google über die Feststellung des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN, dass im Dienst Google News ein "für beide Seiten vorteilhafter und somit tolerierbarer Weg" erkannt wird. In der Tat schickt Google den Verlagen über Google Dienste weltweit monatlich über 6 Milliarden Klicks auf die eigenen Seiten. Das sind weit über 100'000 Möglichkeiten für die Verlage pro Minute, mit den eigenen Inhalten Geld zu verdienen, sei dies durch Werbung auf den eigenen Seiten, über Abos oder Micropayments etc. Google arbeitet aber auch in anderen Bereichen mit Verlagen zusammen. So hat Google bspw. über das AdSense Programm letztes Jahr weltweit über $7 Milliarden an seine Partner ausgeschüttet. Weiter bietet Google mit seinem Dienst "Apps for Business" innovative Lösungen der Textverarbeitung und Kommunikation. Zu den prominentesten Schweizer Apps Kunden gehört neben Roche und Holcim auch Ringier. Und auch mit Technologien wie der Google Suche, Google+ und Hangouts bietet Google den Verlagen diverse Möglichkeiten, ihre Arbeit zu erleichtern oder den Leserkreis zu erweitern.

Google versteht sich daher als Partner der Verlage, um die Herausforderungen im digitalen Zeitalter anzugehen. Gegenüber einzelnen Positionen des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN hat Google aber doch auch Vorbehalte anzubringen, auf welche nachstehend eingegangen werden soll.

2. Ausgangslage

Eingangs ist klarzustellen, dass sich Google News nicht als Aggregationsdienst, sondern als

Suchfunktion versteht, welche auf bestimmte Datensätze, nämlich solche mit News-Relevanz, beschränkt ist.

Ganz grundsätzlich hält Google eine gesetzliche Reglementierung dieses Bereichs aber weder für nötig noch angemessen.

Was Dienste wie Google News betrifft, so müssen in der Diskussion die folgenden Umstände immer wieder ganz deutlich gemacht werden:

Es geht um Inhalte, welche von den Verlagen völlig freiwillig, gratis und frei zugänglich im Internet verfügbar gemacht werden, und es liegt im alleinigen Einflussbereich der Verlage, darüber zu entscheiden, von wem Ihre Inhalte gefunden, gecrawlt, indexiert oder aggregiert werden. Niemand zwingt die Verlage dazu, ihre Inhalte frei zugänglich und/oder gratis anzubieten.

Weiter haben die Verlage die Möglichkeit, Suchspider von ihren Inhalten auszuschliessen. Sie können diese durch entsprechende Programmierung Ihrer Firewalls ganz blocken, so dass deren Anfragen nicht einmal zu den eigenen Servern durchgelangen. Weiter steht es ihnen offen, über den Robots Exclusion Standard (robots.txt) sehr feingranular zu bestimmen, was von Suchdiensten indexiert werden soll oder nicht. So können Verlage beispielsweise nur einzelne Suchdienste zulassen (z.B. Google ausschliessen und Yahoo! und Bing zulassen). Es können nur die aktuellsten Artikel ausgeschlossen werden und es können Deeplinks vorbei an den lukrativen Werbungen der Verlage verhindert werden. Die Indexierung kann auf den Titel beschränkt werden, so dass keine Textausschnitte angezeigt werden. Das Archiv kann für Suchmaschinen geschlossen werden und es kann verhindert werden, dass Bilder indexiert werden. Stört sich ein Verlag daran, dass ein News-Dienst seine Plattform über Werbung monetarisiert, kann dieser Dienst ausgeschlossen werden etc.

Weitere Informationen zum Robots Exclusion Standard finden sich z.B. auf Wikipedia

http://de.wikipedia.org/wiki/Robots_Exclusion_Standard

Suchmaschinen und Aggregatoren gehören zur Infrastruktur des Webs. Wer seine Inhalte frei zugänglich im Web zur Verfügung stellt, erklärt sich implizit damit einverstanden, dass seine Inhalte indexiert werden. Deswegen widersprechen wir auch der Meinung des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN, dass die Indexierung von Bildern eine klare Urheberrechtsverletzung darstelle.

Die Verlage haben vollständige Kontrolle darüber, wer Ihre Inhalte zu welchen Konditionen indexiert. Bei dieser Ausgangslage ist es offensichtlich, dass eine gesetzliche Regelung völlig unnötig ist.

Soweit sich die Verlage gegen die Übernahme ganzer Artikel oder gar E-Paper zur Wehr setzen wollen, wie etwa gegen den Dienst magazinesdownload.com, ist dies bereits nach geltendem Urheberrecht möglich.

Wenn Such- oder Aggregationsdienste Firewalls umgehen oder die offenen Standards und insbesondere robots.txt missachten, haben Verlage die Möglichkeit, gestützt auf das UWG solche Praktiken zu verbieten.

3. Der Lösungsvorschlag des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN

Vorab ist festzuhalten, dass der Verband SCHWEIZER MEDIEN der AGUR12 einen Lösungsvorschlag unterbreitet, ohne das zugrunde liegende Problem konkret zu beschreiben. Wie oben dargestellt wurde, sehen wir infolge der faktischen Ausgangslage keinen Handlungsbedarf, welcher den Gesetzgeber auf den Plan rufen würde. Der Verband SCHWEIZER MEDIEN konnte bisher nicht aufzeigen, warum dem doch der Fall sein soll.

Sofern die von den Verlagen identifizierten Probleme auf einem Strukturwandel in der Medienbranche beruhen, ist die AGUR12, welche sich mit der Frage nach einer allenfalls notwendigen Änderung des URG befasst, das falsche Gefäss. Das wäre dann vielmehr ein Thema für die Presseförderung.

Als Lösung wird vom Verband SCHWEIZER MEDIEN die Definition von Kriterien vorgeschlagen, nach welchen die Newsaggregation zulässig sei. Dabei stellen sich allerdings einige sehr zentrale Fragen, welche vom Verband SCHWEIZER MEDIEN unbeantwortet bleiben:

- Wo sollen diese Kriterien festgehalten werden? Im URG?
- Was bezweckt die Definition?
- Was soll geschehen, wenn ein Anbieter einen Dienst erbringt, der über die Definition des noch Zulässigen hinaus geht?
- Ziehen Überschreitungen der zu definierenden Grenzen Beseitigungs-, Unterlassungs- oder gar Schadenersatzansprüche der Verlage nach sich?
- Falls der vorstehende Punkt zu bejahen ist, gestützt auf welche dogmatischen Grundlage würden solche Ansprüche gerechtfertigt?
- Sollen hier also doch Exklusivitätsrechte originär begründet werden, welche weit über die Ansprüche eines Urhebers hinaus gehen würden?
- Wird hier am Ende doch ein Leistungsschutzrecht verlangt?

Aber auch inhaltlich lassen sich die vom Verband SCHWEIZER MEDIEN aufgestellten Kriterien nicht begründen, resp. sind aufgrund der geltenden Rechtslage selbstverständlich:

a) Werden Textbestandteile übernommen, welche Werkhöhe erreichen, stellt dies einen Verstoss gegen das URG dar, wogegen mit den entsprechenden Mitteln vorgegangen werden kann.

b) Bilder, welche frei zugänglich gemacht werden, dürfen von Suchmaschinen indexiert werden. Dies geschieht mit dem Einverständnis der Verlage.

c) Sofern ein Angebot urheberrechtskonform erbracht wird, ist auch eine Monetarisierung über Werbung nicht zu beanstanden.
d) Der Robots Exclusion Standard wird von allen seriösen Anbietern von Suchdiensten befolgt. Solche, die das nicht tun, können gestützt auf das UWG verfolgt werden.

e) Sofern keine Werkhöhe erreicht ist, lässt sich eine zwingende Verlinkung auf die Quelle dogmatisch an und für sich nicht rechtfertigen. Vor einem praktischen Hintergrund ist ein solcher Dienst, wie er vom Verband SCHWEIZER MEDIEN skizziert wird auch gar nicht denkbar. Ein Dienst, der nur aus Titeln und Snippets besteht, welche zusammen keine eigenständige inhaltliche Aussage aufweisen, und der nicht auf die Quelle verlinkt, wird am Markt keine Chance haben zu überleben.

4. Forderungen des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN

a) Was die Forderungen des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN betrifft, so unterstützt Google insbesondere den sogenannten "Follow the Money"-Ansatz als zielführenden Weg im Kampf gegen Piraterie. So ist es weitaus effizienter, die Geldflüsse zu diesen Plattformen auszutrocknen, als die Lösung bei den Intermediären (Suchmaschinen, Host- und Accessprovider) zu suchen.

Eine Kausalhaftung von Werbetreibenden und -Vermittlern lässt sich in diesem Zusammenhang nicht rechtfertigen. Werbetreibenden und -Vermittlern muss insbesondere die Möglichkeit gegeben werden, auf Notifikation Werbung von Piratenseiten zu entfernen.

Dabei sei an dieser Stelle auch darauf hingewiesen, dass seriöse Werbevermittler sich freiwilligen Codes of Conduct unterstellen, im Beispiel von Google demjenigen des Interactive Advertising Bureau. Gestützt hierauf und auf die eigenen AGB hat Google 2012 über 220 Mio. Werbungen geblockt und über 889'000 Werbe-Accounts geschlossen, welche gegen unsere Richtlinien verstiessen.

b) Hinsichtlich der Ablehnung der Kollektivverwertung im Bereich Newsaggregation schliessen wir uns dem Verband SCHWEIZER MEDIEN an.

5. Unterstützer

Diese Stellungnahme wird unterstützt von der IG ISP, welcher neben Google die Unternehmen Orange, Sunrise, Swisscom und upc cablecom angehören.

6. Über Google

Google ist ein weltweit führendes Technologieunternehmen, das Menschen neue Zugangsmöglichkeiten zu Informationen ermöglicht. Googles Innovationen im Bereich der Internetsuche und -werbung haben die Google Startseite zu einer Top-Adresse im Internet

und die Marke Google zu einer der bekanntesten der Welt gemacht. Google ist eine Marke der Google Inc.; alle anderen Unternehmens- und Produktbezeichnungen können Handelsmarken der jeweiligen Unternehmen sein, mit denen sie assoziiert sind. Google ist seit 2004 in der Schweiz tätig. Mit rund 1100 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus 75 Nationen ist Zürich der grösste Forschungs- und Entwicklungsstandort von Google ausserhalb der USA. Weitere Informationen finden Sie unter http://www.google.ch.

Zürich, 11. Juni 2013

Daniel Schönberger, Rechtsanwalt, Head of Legal Switzerland & Austria, Google Switzerland GmbH, Brandschenkestrasse 110, 8002 Zürich

Positionen des BIS zum Thema „Urheberrechtsschranken“ (AGUR12-Sitzung vom 13. März 2013)

1. Die Bibliotheken unterstützen den Entwurf einer **Erweiterung des Katalogsprivileg (Art. 26 URG)** auf Bibliotheken und andere kulturelle Gedächtnisinstitutionen und die ausdrückliche Erwähnung von digitalen Katalogen, wie von Herrn Fischer (BAK) vorgeschlagen, sehr.

2. Die Bibliotheken besitzen grosse und umfassende Sammlungen an gedruckten Zeitungen und Zeitschriften (insbesondere auch von nicht mehr existenten Verlagen oder vergriffene Ausgaben), welche sie aus Gründen der Nutzerfreundlichkeit und auch aus konservatorischen Gründen d**igitalisieren und online zugänglich** machen wollen. In diesem Zusammenhang müsste unserer Meinung nach **Art. 24 Abs 1bis URG (Archivkopien)** erweitert werden, damit die Online-Bereitstellung dieser Werke durch kulturelle Gedächtnisinstitutionen zulässig wäre.

3. Neben den üblichen Werkkategorien, die für die Bibliotheken von Interesse sind, ist im Internetzeitalter auch die **Webseite** als Sammlungsobjekt hinzugekommen. Mit dem sog. "Webarchiv", haben sich die Bibliotheken das Ziel gesetzt, Webseiten mit Bezug zur Schweiz bzw. zu den Kantonen zu sammeln, zu archivieren und über einen Katalog wieder auffindbar zu machen. Das Problem beim Webarchiv liegt darin, dass das öffentliche Zugänglichmachen dieser gesammelten Webseiten als mit dem Urheberrecht nicht vereinbar sein könnte. Somit kann die Sammlung der Webseiten nur an einzelnen Computerarbeitsplätzen an der Nationalbibliothek und einzelnen Kantonsbibliotheken eingesehen werden. (vgl. http://www.nb.admin.ch/nb_professionnel/01693/01695/01705/index.html?lang=de). Wünschbar wäre auch hier, dass die kulturellen Gedächtnisinstitutionen **Webseiten ohne Einwilligung der Rechteinhaber sammeln, katalogisieren und online zugänglich** machen könnten.

4. Die Regelung für **Verwaiste Werke (Art. 22b URG)** sollte über die Ton- und Tonbildwerke hinaus, auf weitere Werkarten (Text, Bild, Fotografie, etc.) ausgedehnt werden. Dies würde auch der im Oktober 2012 erlassenen „EU-Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke“ entsprechen.

5. Konkretisierung von Art. 19 Abs.2 lit a-c URG, insbesondere:
- des Begriffs **„im Handel nicht mehr erhältlich“ (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG)** im Sinne von „vergriffen sein“, nicht mehr über die üblichen Verlagsangebote erhältlich zu sein und von den Verlagen auch nicht als Neuauflage in Aussicht gestellt zu sein. Einzelne in Antiquariaten erhältliche Werkexemplare sollen allerdings nicht als "im Handel erhältlich" gelten. (vgl. dazu auch Barrelet/Egloff 'Das neue Urheberrecht' 3. Aufl. Art. 19 N 25)
- des Begriffs **„unvollständige Vervielfältigung“ (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG)**
- Klärung, ob im Weiteren **Fotografien** unter den Begriff „bildende Kunst“ fallen oder gemäss unserem Wunsch unter Art. 19 Abs. 3 lit. a URG subsumierbar sind und damit, wenn nicht mehr im Handel erhältlich, vollständig vervielfältigt werden dürfen
- bezüglich **Musiknoten** sollte der Gesetzestext den Gemeinsamen Tarifen 8 und 9 angepasst werden, da diese entgegen Art 19 Abs. 3 lit c die Vervielfältigung von Musiknoten (allerdings nur die unvollständige) zulassen

6. Um den Zugang zu wissenschaftlichen Werken zu gewährleisten fordern wir ein **zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht** für wissenschaftlichen AutorInnen ihre Werke **open access** beziehungsweise in **Repositorien** zugänglich machen zu können.

7. Im digitalen Zeitalter ist das **Zitatrecht (Art. 25 URG)** nicht mehr gewährleistet, da insbesondere durch die elektronischen Angebote, die Nutzung

durch Lizenzverträge so stark eingeschränkt wird, dass man nicht mehr wie in analoger Zeit ein Originalwerk ohne Weiteres anschauen und daraus zitieren kann. Bei elektronischen Angeboten kostet allenfalls bereits 'einen Blick zu werfen' schon etwas, womit das Zitatrecht gar nicht mehr vergütungsfrei ausgeübt werden kann. Im Weiteren wäre unserer Meinung nach eine ausdrückliche Konkretisierung der zitierfähigen Werke, insbesondere **Bilder und Musik**, wünschenswert.

8. Bezüglich **Abgaben an Verwertungsgesellschaften** gehen wir davon aus, dass diese erst an der AGUR12-Sitzung vom 16. April 2013 (kollektive Verwertung) thematisiert werden (vgl. dazu https://www.ige.ch/de/urheberrecht/agur12.html). Sollten allerdings diese Vergütungen und allfällige Mehrfachbelastungen von Urheberrechtsnutzenden bereits an der Sitzung zu den Urheberrechtsschranken am 13. März 2013 besprochen werden, vertreten wir die Meinung, dass die kulturellen Gedächtnisinstitutionen viel zu sehr belastet sind mit den verschiedenen Abgaben an die Verwertungsgesellschaften. Wir fordern als nicht-kommerzielle, von öffentlichen Geldern finanzierte und dem öffentlichen Interesse verpflichtete kulturelle Gedächtnisinstitutionen in Bezug auf die Vergütungen an die Verwertungsgesellschaften im grösseren Umfang wie bisher privilegiert bzw. in Zukunft auf keinen Fall noch mehr belastet zu werden.

lic. iur. Danielle Kaufmann
5. März 2013

DOK 000 002 069

VSA-AAS

Verein Schweizerischer Archivarinnen und Archivare
Association des archivistes suisses
Associazione degli archivisti svizzeri
Associaziun da las archivarias e dals archivaris svizzers
www.vsa-aas.org

VSA-AAS
c/o Büro Pontri GmbH
Postfach
CH-3322 Urtenen-Schönbühl

t + 41 (0)31 312 26 66
f + 41 (0)31 312 26 68

info@vsa-aas.org
www.vsa-aas.org

Eidg. Institut für Geistiges Eigentum
Herr Roland Grossenbacher, Direktor
Stauffacherstrasse 65/59g
3003 Bern

Bern, 8. März 2013

AGUR12 – Eingabe VSA zum Thema „Urheberechtsschranken"

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Hinblick auf Ihre Sitzung vom 13. März 2013 zum Thema „Urheberrechtsschranken" erlauben wir uns Ihnen die Position des Berufsverbandes Schweizerischer Archivarinnen und Archivarezukommen zu lassen:

- Insofern Archive im Kontext politischer Grundrechte zu sehen sind, dürfen Urheberrechte den Zugang zu Archivgut weder einschränken noch besondere Kosten verursachen. Es ist also klarzustellen, dass das Archivgut als Nachweis der entsprechenden öffentlich rechtlichen Tätigkeiten nach wie vor frei und unentgeltlich genutzt werden kann.
- Für Archive - ebenso wie für Bibliotheken, Museen etc. - ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass gewisse Urheberrechte nur wahrgenommen werden können, weil diese Institutionen überhaupt das Fortbestehen von Werken im Sinne des URG gewährleistet haben. Für diese mit öffentlichen oder privaten Mitteln geleistete Arbeit müssen diese Institutionen die erhaltenen Werke auch frei nutzen können. So ist ist zu überlegen, ob die Urheber*rechte* nicht durch Urheber*pflichten* ergänzt werden müssten, um die Rechtsverhältnisse weniger einseitig zu gestalten. Zudem stellt sich auch hier die Frage, ob die Entgeltung von geistigen Leistungen so eng an die Werke geknüpft bleiben muss.
- Im Weiteren sollen Archive das von ihnen verwahrte Archivgut zum Eigengebrauch, d.h. zur Erfüllung ihrer Aufgaben, nutzen können. Ihr finanzieller Aufwand zur Erhaltung von Archivgut ist zum Teil be-

VSA-AAS

trächtlich. Als Teil des Eigengebrauchs muss auch eine öffentliche Vorführung inkl. Publikation möglich sein.

Archive sind Wissensdepots, spezialisiert im Austausch von Informationen und sie arbeiten heute innerhalb eines weitgespannten, globalen digitalen Netzwerks. Das Internet mit seiner offenen, globalen Struktur hat heute einen unvergleichlich hohen Wert für öffentliche Institutionen wie Archive, welche das informationelle Erbe verwalten. Der öffentliche, nicht-kommerzielle Auftrag der Archive ist auf Copyright-Ausnahmen angewiesen, um seinen Service-public-Auftrag auch praktisch ausführen zu können. Diese Ausnahmen dürfen jedoch nicht durch Lizenzen und technologische Schutzmassnahmen unterlaufen werden.

Das heutige Schweizer Urheberrecht spricht sich zur Digitalisierung und zur Verbreitung digitaler Inhalte auf dem Internet durch öffentliche Archive und Bibliotheken überhaupt nicht aus. Öffentliche Archive bewegen sich stets zwischen den Interessen der Öffentlichkeit und dem Eigentumsrecht. Der öffentliche Auftrag der Archive wird im Urheberrecht wenig bis gar nicht berücksichtigt. Ungeachtet der rechtlichen Folgen ist die praktische Umsetzung des Urheberschutzes in der archivischen Praxis unter Wahrung des Rechtsschutzes schwierig. Im Fall einer Erhaltung von Werken durch Archive mit öffentlichen Geldern, sollten diese Werke im Gegenzug für diese erbrachte Leistung ohne Entschädigung an die Urheber frei genutzt werden können. Sollte die Nutzung nicht frei sein, dann muss umgekehrt der Urheber für die Erhaltung seines Werkes dem Archiv, bzw. der Öffentlichkeit ersatzpflichtig werden. Es ist uns bewusst, dass diese Haltung diametral den geltenden Urheberrechtsgesetzen widerspricht, dennoch sind wir der Meinung, dass eine solche Regelung richtungweisend für die Zukunft und somit ein Schritt in die richtige Richtung darstellen würde.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme und die Einbringung unserer Ausführungen in die Arbeiten der Arbeitsgruppe. Gerne erwarten wir auch Ihre Rückmeldung dazu. Selbstverständlich stehen wir Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung und sind nach wie vor sehr daran interessiert zu gegebener Zeit aktiv in der Arbeitsgruppe mitwirken zu können.

Mit freundlichen Grüssen

Anna Pia Maissen, Präsidentin
Verein Schweizerischer Archivarinnen und Archivare

IGE | IPI

AGUR 12

Réunion « Questions spécifiques », mardi 11 juin 2013
Lors de sa septième réunion, le groupe de travail AGUR12 a abordé une série de questions spécifiques, notamment :

- la création d'un droit inaliénable à rémunération pour les auteurs et les interprètes lors d'un transfert contractuel de droits d'auteur;
- en cas d'introduction du droit à rémunération susmentionné, la création d'une disposition sur le transfert de la création d'une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail en analogie avec l'art. 332 CO;
- la création d'un droit irrenonçable à rémunération pour les auteurs et les interprètes de films lorsque les œuvres audiovisuelles sont rendues accessibles sur Internet;
- la soumission à la gestion collective de la mise à disposition d'œuvres sur Internet par des personnes physiques;
- l'introduction du droit de prêt pour le prêt physique d'œuvres et pour leur prêt par le biais d'Internet;
- la soumission à la gestion collective de la mise à disposition d'œuvres musicales non théâtrales sur Internet;
- l'introduction d'une protection des photographies non originales;
- l'optimisation de la protection juridique grâce à une procédure raccourcie et simplifiée et grâce à une nouvelle réglementation des dommages-intérêts, du système des amendes et des compétences;
- la création d'incitations économiques visant à promouvoir les offres légales en interdisant aux services publicitaires et aux fournisseurs de services Internet payants de fournir des prestations pour des offres violant le droit d'auteur et en collaborant avec des moteurs de recherche en vue de supprimer des occurrences les résultats renvoyant en majorité à des offres illicites;
- le renforcement du sens du droit afin de promouvoir les offres légales grâce à des me-sures de soutien de la Confédération et à un label « fair paid artist » compte tenu du pro-blème du téléchargement à partir de sources illégales;
- la restriction de la production de matériel produit illicitement par une interdiction d'enregistrement d'exécutions et de représentations et par un durcissement de l'interdiction de contourner les mesures techniques;
- la promotion de formats techniques ouverts pour les livres numériques;
- l'optimisation de la protection des sociétés de médias par le droit d'auteur.

Le groupe de travail AGUR12 n'exclut pas de poursuivre, en cours d'élaboration du rapport final, la discussion sur certaines questions de cette liste.

Il préconise d'approfondir les thèmes suivants :

- la démarcation entre gestion individuelle et gestion collective;
- les moyens d'accroître l'efficience de la gestion des droits et la promotion de nouveaux modèles commerciaux en regroupant les droits et leur gestion (facultative ou obligatoire) collective ou individuelle;
- les rapports contractuels, notamment entre les journalistes et les sociétés de médias;
- la protection des sociétés de médias lorsqu'elles utilisent des extraits et des images par le biais d'agrégateurs de nouvelles.

Le groupe de travail AGUR12 a été informé du problème lié aux formats propriétaires utilisés par des entreprises ayant une forte présence sur le marché, notamment dans le domaine des livres numériques.

Il a décidé de constituer une commission de rédaction composée de trois membres en vue d'élaborer le rapport final.

Réunion « La défense des intérêts II », mercredi 8 mai 2013
Lors de sa sixième réunion, le groupe de travail AGUR12 a discuté pour la deuxième fois de la défense des droits d'auteur sur Internet.

Les membres du groupe de travail s'accordent à dire qu'il convient de combattre activement et efficacement les modèles d'affaires reposant sur une violation des droits d'auteur, qu'elle soit le fait de tiers ou des créateurs de ces modèles

d'activité. De plus, il faudrait que les exploitants d'infrastructures qui utilisent ce type de modèle d'entreprise soutiennent cette lutte dans la mesure du raisonnable et des possibilités techniques et légales.

Or, force est de constater que le droit actuel limite considérablement les efforts d'autorégulation des fournisseurs de services Internet destinés à lutter efficacement contre les atteintes au droit d'auteur sur la Toile. A la différence de la réunion du 22 janvier 2013, la discussion s'est dès lors avant tout concentrée sur les interventions législatives envisageables.

En complément des efforts déjà entrepris aujourd'hui en vertu du droit en vigueur, celles-ci devraient permettre la mise en œuvre des mesures suivantes :

- envoi de messages d'avertissement aux utilisateurs de réseaux pair-à-pair qui portent gravement atteinte aux droits d'auteur et, en cas de récidive, recours au droit civil et/ou poursuites pénales;
- obligation pour les hébergeurs Internet situés en Suisse de supprimer, sur dénonciation, les contenus enfreignant le droit d'auteur (le groupe de travail AGUR12 n'est pas parvenu à un consensus concernant les mesures permettant d'empêcher que ces contenus soient à nouveau téléchargés et le contrôle de listes de liens pertinents);
- dans les cas graves, obligation pour les fournisseurs d'accès à Internet situés en Suisse de bloquer l'accès à des sources manifestement illégales sur dénonciation ou sur demande du SCOCI (ou d'une nouvelle autorité publique instituée sur son modèle);
- réglementation des obligations des fournisseurs, mais aussi de leur protection, par exemple contre les revendications directes des titulaires de droit ou contre les actions en responsabilité.

Dans le cadre des travaux législatifs préparatoires, il importera bien entendu d'évaluer la proportionnalité et le financement de ces mesures.

Le groupe de travail est d'avis que ce type d'interventions législatives ne relève pas nécessairement du droit d'auteur; il serait tout à fait envisageable d'inscrire de telles mesures par exemple dans le droit des télécommunications, le droit de la protection des données et le droit procédural.

Par ailleurs, l'équilibre du train de mesures global conditionnera explicitement les conclusions de cette sixième réunion.

Le groupe de travail AGUR12 a en outre défini, dans les grandes lignes, l'échéancier suivant pour l'élaboration du rapport final :

- livraison au secrétariat d'ici au 15 juillet 2013, par divers membres du groupe, des textes convenus qui serviront de base à la première mouture du rapport;
- envoi de la première version du rapport réalisée par le secrétariat d'ici au 5 août 2013;
- délibérations des versions successives du rapport lors des réunions du 20 août, du 12 septembre, du 31 octobre et du 20 novembre 2013;
- vote final lors de la réunion du 28 novembre 2013.

Réunion « La gestion collective », mardi 16 avril 2013
Lors de sa cinquième réunion, le groupe de travail AGUR12 a discuté de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins.

Les sujets abordés étaient notamment :

- la démarcation entre gestion individuelle et gestion collective, distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler les « grands » et les « petits » droits incluse;
- la transparence des sociétés de gestion en termes d'encaissement et de répartition;
- l'éventuelle simplification du paysage tarifaire, les possibilités relatives à des tarifs de branches, la participation des utilisateurs à la gestion collective en ce qui concerne la redevance obligatoire, les données de répartition et un raccourcissement de la voie judiciaire;
- la fixation de la rémunération issue de la gestion collective, la définition des critères déterminants (utilisation effective ou potentielle), la question de la redevance multiple, la limite légale de la redevance et la répartition entre les groupes des ayants droit;
- le potentiel d'une harmonisation internationale (durée de la protection fixée à l'art. 39 LDA incluse);
- des règles de minimis pour la gestion collective;

- une éventuelle harmonisation des critères entre droits d'auteur et droits voisins;
- l'éventuelle suppression de la redevance perçue sur les supports vierges.

Restent controversés notamment :

- la base de calcul de l'indemnité équitable au sens de l'art. 60, al. 1, LDA;
- le montant de cette indemnité et sa répartition entre les ayants droit au sens de l'art. 60, al. 2, LDA;
- l'étendue de l'harmonisation internationale;
- une éventuelle nouvelle réglementation de l'usage privé.

Le groupe de travail AGUR12 est favorable à :

- une simplification du paysage tarifaire;
- une optimisation des informations fournies par les sociétés de gestion en termes de clarté et d'exhaustivité;
- la poursuite des efforts visant à réduire encore les frais administratifs des sociétés de gestion par la mise en œuvre de mesures de simplification appropriées et l'aménagement d'une administration électronique;
- une raccourcissementde la procédure d'approbation des tarifs.

Le groupe de travail s'accorde à dire que :

- pour les sociétés de gestion, fixer dans la loi un montant maximum des frais administratifs ne permettra pas d'atteindre les buts visés;
- le projet de directive de l'UE concernant la gestion collective doit être analysé plus en détail.

Les membres du groupe de travail AGUR12 sont tous convaincus que la gestion collective a tout son sens lorsque la gestion individuelle des droits (octroi de licences) n'est pas possible ou que la gestion collective présente des avantages incontestables pour toutes les parties concernées. Il faut donc en débattre en relation avec la possibilité effective de l'application des droits qui, pour sa part, est le préalable à une gestion individuelle des droits probante.

Le groupe de travail AGUR12 a décidé, une fois clos le débat sur les divers thèmes, de charger sa présidence, plus précisément son secrétariat, de rédiger un premier projet pour le rapport final, qui constituera la base d'une discussion plus large. Une série de réunions sont planifiées après les vacances d'été pour en discuter et pour finaliser le rapport, le but étant d'atteindre, dans la mesure du possible, un consensus ou, du moins, de présenter et d'identifier les positions en jeu et de dégager les questions déterminantes sur le plan politique.

Une deuxième réunion sur le thème de l'application des droits ainsi qu'une autre consacrée à diverses questions sont encore agendées avant les vacances d'été.

Réunion « Les restrictions du droit d'auteur », mercredi 13 mars 2013
Lors de sa quatrième réunion, le groupe de travail AGUR12 a discuté des restrictions du droit d'auteur, autrement dit de la question de savoir quelles ingérences en faveur des utilisateurs les auteurs, les interprètes, les éditeurs, les producteurs et les organismes de diffusion doivent tolérer dans leurs droits exclusifs.

Les sujets abordés étaient notamment :

- l'étendue de l'usage licite à des fins privées;
- le calcul de la rémunération dans le cadre de la gestion collective;
- les incidences des mesures techniques de protection sur l'exercice des restrictions au droit d'auteur;
- la création d'un privilège (Katalogprivileg) en faveur des bibliothèques, des musées, des archives, des collections et des établissements d'enseignement;
- les éventuels modèles de rémunération forfaitaire.

Restent controversées notamment les questions de savoir

- si la copie à usage privé à partir d'une source manifestement illégale doit demeurer licite ou comment il serait possible de l'éviter sans pour autant criminaliser les internautes;
- si les valeurs indicatives fixées à l'art. 60 LDA pour les tarifs des sociétés de gestion sont encore appropriées;
- dans quelle mesure la gestion individuelle des droits (octroi de licences) et la copie à usage privé soumise à une rémunération entraînent une double taxation des consommateurs et comment il serait possible de la supprimer;

- si ce qu'on appelle la télévision de rattrapage ou catch-up TV (fonction permettant de voir en différé des émissions de télévision) est considérée comme un usage privé (et donc licite moyennant une rémunération réglementée dans un tarif) ou si cette forme d'utilisation nécessite l'autorisation des titulaires de droits;
- comment intégrer dans les travaux l'interpellation 12.4202 du Conseiller aux Etats Stöckli, ainsi que les postulats 12.3326 du Conseiller aux Etats Recordon et 12.3173 du Conseiller national Glättli.

Le groupe de travail AGUR12 est favorable à :

- une extension des utilisations des catalogues de collections et de fonds des institutions publiques de la mémoire dans le domaine en ligne;
- un débat approfondi sur la question de la délimitation entre la gestion individuelle et la gestion collective des droits, éventuellement différenciées par catégories de titulaires de droits;
- un débat approfondi sur les mesures de sensibilisation et sur les messages d'avertissement lorsque l'on accède à des sources illégales sur Internet.

Sous réserve de nouvelles connaissances, le groupe de travail AGUR12 se prononce contre une réglementation spécifique de la télévision de rattrapage.

Il rejette la rémunération forfaitaire couvrant toutes les formes d'utilisation.

Les membres d'AGUR12 s'accordent à dire que toutes ces questions devront être traitées dans le rapport final en même temps que les thèmes de l'application des droits et de la gestion collective. Ils sont également convaincus que, pour trouver des solutions consensuelles ou des solutions susceptibles d'être mises en œuvre sur le plan politique, il n'est d'autre choix que d'adopter une vision globale et de tenir compte de façon équilibrée des différents intérêts en présence.

Le groupe a décidé de fixer des réunions supplémentaires après les vacances d'été afin de disposer de suffisamment de temps pour rechercher des compromis et discuter du rapport final.

Réunion « La défense des intérêts », mardi 22 janvier 2013
Le groupe de travail AGUR12 a discuté d'un vaste catalogue de mesures envisageables pour améliorer la défense des droits d'auteur dans l'environnement numérique et consulté divers experts à ce sujet. La possibilité d'une autorégulation, l'intervention des autorités et la sensibilisation des internautes figurent notamment parmi les mesures considérées. Il n'a pas été possible de boucler la discussion.

Réunion « Les bases », mercredi 28 novembre 2012
Lors de sa réunion du 28 novembre 2012, le groupe de travail AGUR12 a examiné les divers modèles commerciaux et les a discutés de manière approfondie. Il a également abordé les questions de la taxation multiple des consommateurs et de l'efficacité des restrictions du droit d'auteur.

Il est convaincu

- qu'Internet est une chance pour la commercialisation de contenus culturels,
- qu'il existe des offres illégales sur le Web et que ces dernières induisent des distorsions de la concurrence,
- qu'il faut optimiser les offres légales sur les plans individuel et collectif,
- qu'il faut lutter contre les offres illégales,
- qu'il faut intensifier le travail de sensibilisation en vue d'améliorer les connaissances en termes de droit d'auteur.

La lutte contre les offres illégales sera abordée lors de la 3e réunion du groupe de travail, qui est consacrée à l'application des droits.

Le problème de l'efficacité des restrictions du droit d'auteur a été identifié et sera débattu lors de la 4e réunion du groupe de travail.

La 5e réunion se concentrera sur l'optimisation de la gestion collective et sur la question de la taxation multiple.

Rencontre du groupe de travail AGUR12 avec Simonetta Sommaruga
Le 8 octobre 2012, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a accueilli le groupe de travail AGUR12 pour sa première séance. Le mandat du groupe de travail est d'analyser la situation actuelle en matière de droits d'auteur et d'esquisser des pistes de solutions.

Le groupe de travail tiendra cinq séances qui seront, à chaque fois, dédiées à un thème. Les séances prévues sont :

- Les bases, mercredi 28 novembre 2012
- L'application des droits, mardi 22 janvier 2013
- Les restrictions du droit d'auteur, mercredi 13 mars 2013
- La gestion collective, mardi 16 avril 2013
- Questions spécifiques, mardi 11 juin 2013

Le groupe de travail se compose des membres suivants :

- six représentants des artistes (Hans Läubli, Suisseculture; Andreas Wegelin, Suisa; Ernst Brem, Coopérative suisse des artistes interprètes SIG; Nicole Pfister Fetz, Suisseculture; Denis Rabaglia, Suisseculture; Johanna Lier, Suisseculture),
- trois représentants des producteurs (Markus Naef, AudioVision Suisse; Dani Landolf, Association suisse des diffuseurs, éditeurs et libraires; Urs F. Meyer, Association MEDIAS SUISSES),
- trois représentants des utilisateurs (Peter Mosimann, Fédération des Utilisateurs de Droits d'Auteurs et Voisins; Sandra Spieser, economiesuisse; Dieter Kläy, Union suisse des arts et métiers),
- trois représentants des consommateurs (Janine Jakob, Stiftung für Konsumentenschutz; Michel Rudin, Konsumentenforum; Florence Bettschart, Fédération Romande des Consommateurs), et
- trois représentants de l'administration (Yves Fischer, Office fédéral de la culture; Franz Zeller, Office fédéral de la communication; Karin Büchel, Secrétariat d'Etat à l'économie).

Constitution d'un groupe de travail sur le droit d'auteur
La conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, cheffe du Département fédéral de justice et police, a institué le 8 août 2012 un groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12) et confié sa direction à M. Roland Grossenbacher, directeur de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle. Le mandat du groupe de travail est de mettre en lumière, d'ici à la fin 2013, des possibilités d'adapter le droit d'auteur à l'état actuel de la technique. Il est chargé notamment d'identifier et d'éliminer des restrictions d'utilisation involontaires et des entraves non souhaitées à la concurrence tout en assurant une rémunération appropriée pour l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur et la lutte contre le piratage. Une autre tâche du groupe de travail est de procéder à une analyse approfondie des modalités de la gestion collective afin d'identifier des moyens d'en accroître l'efficience et d'en réduire les coûts.

Last modified:28.06.2013 11:33

Informations complémentaires

Contact
Secrétariat AGUR12 : e-mail

Documents
- Invitation en allemand (pdf 9 KB)
- Liste d'adresses (pdf 8 KB)
- Mandat en allemand (pdf 31 KB)

Dates des séances
- Les bases, mercredi 28 novembre 2012
- La défense des intérêts, mardi 22 janvier 2013
- Les restrictions du droit d'auteur, mercredi 13 mars 2013
- La gestion collective, mardi 16 avril 2013
- La défense des intérêts II, mercredi 8 mai 2013
- Questions spécifiques, mardi 11 juin 2013
- Rapport, mardi 20 août 2013
- Rapport, jeudi 12 septembre 2013
- Rapport, jeudi 31 octobre 2013
- Réserve, mercredi 20 novembre 2013
- Réserve, jeudi 28 novembre 2013

Liens

- Site Web DFJP
- The Future of Music
- Kulturpavillon zum Medienkulturgespräch