

**Le téléchargement d'œuvres musicales sur Internet :
légiférer ou ne pas légiférer ?**

Stéphane Sessa

Mémoire de master

rédigé sous la direction du
Professeur Vincent Salvadé

XXV.VI.MMXII AD

Table des matières

Liste des abréviations	VI
Bibliographie	IX
Remarques	XII
Introduction	1
1. Régime applicable en Suisse	3
1.1 La Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins	3
1.1.1 Les biens immatériels	3
1.1.2 Bref historique du droit d'auteur en Suisse	4
1.1.3 Introduction au droit d'auteur	4
1.1.3.1 L'œuvre	5
1.1.3.2 L'auteur	5
1.1.4 L'étendue du droit d'auteur.....	6
1.1.4.1 Les droits moraux.....	6
1.1.4.1.1 Droit de paternité (art. 9 al. 1 et 2 LDA).....	6
1.1.4.1.2 Droit de divulgation (art. 9 al. 2 et 3 LDA).....	6
1.1.4.1.3 Droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA).....	7
1.1.4.2 Les droits patrimoniaux.....	7
1.1.4.2.1 Droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA)	7
1.1.4.2.2 Droit d'exécution et de mise à disposition (art.10 al. 2 let. c LDA)	7
1.1.4.2.3 Droit de diffusion (art.10 al. 2 let. d LDA)	8
1.1.4.2.4 Droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA).....	8
1.1.4.2.5 Droit de faire voir ou entendre (art. 10 al. 2 let. f LDA).....	8
1.1.5 Les limites au droit d'auteur.....	8
1.1.5.1 Durée de protection	8
1.1.5.2 Le « triple test » des articles 9 ch. 2 CB et 13 ADPIC.....	9
1.1.5.3 L'exception d'usage privé (art. 19 LDA).....	9
1.1.5.4 Redevances (art. 20 LDA).....	10
1.1.5.4.1 Les tarifs communs	10
1.1.5.4.2 La redevance sur les supports vierges	11
1.1.5.4.3 Article 19 al. 3bis LDA.....	11
1.1.5.5 Copies de sécurité et reproductions provisoires.....	11
1.1.6 Transfert des droits.....	12
1.1.6.1 Théorie de la finalité (art. 16 al. 2 LDA)	12
1.1.6.2 Les licences	12
1.1.6.2.1 Licence obligatoire.....	13
1.1.7 Les mesures techniques et d'information sur le régime des droits	13
1.2 Les sanctions	14
1.2.1 Identification du délinquant	14
1.2.1.1 Collecte d'adresses IP	15
1.2.1.1.1 Relativité de l'adresse IP.....	15
1.2.2 En droit civil.....	16
1.2.2.1 Action en constatation (art 61 al. 1 LDA).....	16
1.2.2.2 Les actions en exécution (art. 62 LDA)	16
1.2.2.2.1 Qualité pour agir.....	16

1.2.2.3	Action en dommages et intérêts (art. 41 CO).....	16
1.2.2.3.1	Complicité	17
1.2.2.4	Action en réparation du tort moral (art. 49 CO).....	18
1.2.2.5	Action en remise du gain.....	18
1.2.2.6	Prescription.....	18
1.2.3	En droit pénal	18
1.2.3.1	Conditions de la répression	19
1.2.3.2	Punissabilité des médias (art. 28 CP).....	19
1.2.3.3	Jurisprudence	19
1.2.3.4	Protection technologique.....	20
1.2.3.4.1	Violation des DRMS	20
1.2.4	Loi sur la concurrence déloyale (LCD).....	21
1.2.5	En droit administratif	21
1.3	L'œuvre sur Internet, enjeux et mutations	21
1.4	Critique du système actuel.....	22
2.	Situation à l'étranger, alternatives	23
2.1	L'exemple allemand en bref	23
2.2	Le système français HADOPI	23
2.2.1	Remarques sur le droit d'auteur français.....	24
2.2.1.1	Obligations de surveillance de la connexion.....	24
2.2.1.2	Responsabilité des fournisseurs de logiciel.....	25
2.2.2	La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).....	25
2.2.2.1	Genèse	25
2.2.2.2	Organisation et missions de l'autorité.....	26
2.2.2.2.1	Une autorité administrative indépendante.....	26
2.2.3	Sanctions	27
2.2.3.1	Fonctionnement.....	28
2.2.3.1.1	Première recommandation.....	28
2.2.3.1.2	Seconde recommandation	28
2.2.3.1.3	Notification et sanctions.....	28
2.2.3.1.4	Schéma	29
2.2.3.2	Les sanctions	29
2.2.3.3	Les labels.....	30
2.2.4	Bilan	30
2.2.4.1	Avenir.....	31
2.2.5	Problématique soulevée : concurrence entre droits fondamentaux	32
2.3	Le copyright law américain et le projet SOPA	33
2.3.1	Le copyright law.....	33
2.3.1.1	Principales distinctions avec le droit d'auteur.....	33
2.3.1.1.1	Titularité des droits.....	33
2.3.1.1.2	Absence de droits moraux	34
2.3.1.1.3	Enregistrement des œuvres.....	34
2.3.1.2	« Fair Use »	35
2.3.2	Mise en œuvre et sanctions	35
2.3.2.1	Éléments de procédure	35
2.3.2.2	Sanctions	36
2.3.3	Le projet SOPA	36

2.3.3.1	La brève existence du projet.....	37
2.3.3.2	Contenu du projet.....	37
2.3.4	Problématiques soulevées : vision unilatérale et poids de l'opinion publique.	38
2.3.5	L'échec programmé de toute réglementation ?.....	39
2.3.5.1	« Syndrome Robin des Bois ».....	40
2.4	Le traité ACTA	40
2.4.1	Objectifs	40
2.4.2	Contenu	41
2.4.3	Négociations et critiques	42
3.	Gestion collective, licence globale et autres alternatives	43
3.1	La gestion collective obligatoire.....	43
3.1.1	Qualification juridique	43
3.1.1.1	Limites du modèle.....	44
3.2	La licence globale	44
3.2.1	Fonctionnement.....	45
3.2.2	Qualification juridique	45
3.2.3	Une solution à éviter	45
3.3	La licence collective étendue.....	46
3.4	Responsabilisation des intermédiaires.....	47
3.4.1	« Notice and take down ».....	47
3.4.2	Responsabilité objective de l'intermédiaire	47
3.5	Les licences libres et de libre diffusion	48
3.5.1	La licence libre	48
3.5.1.1	Licences « creative commons »	49
3.5.2	Qualification juridique	50
3.5.3	Limites du modèle.....	50
4.	Exposé des variantes législatives	52
4.1	Le choix du Conseil fédéral.....	52
4.2	Variante permissive	52
4.2.1	Gestion collective obligatoire.....	53
4.2.1.1	Modifications législatives et réglementations subséquentes.....	53
4.3	Variante répressive	54
4.3.1	Pénalisation des plateformes d'échange.....	54
4.3.1.1	Titre 5 chapitre 2bis LDA	55
4.3.1.1.1	Nouvel arsenal de mesures et de sanctions	55
4.4	Possibilité législative la plus probable.....	56
4.4.1	Responsabilité de l'intermédiaire.....	56
4.4.1.1	Une responsabilité objective simple.....	56
4.4.1.1.1	Formulation	57
4.4.1.2	Politique du « MP3 propre »	58
4.4.1.3	Rétablir la valeur de l'œuvre sans criminaliser l'utilisateur	58
Conclusion		59

Liste des abréviations

17 USC	Title 17 of the United States Code : Copyrights
18 USC	Title 18 of the United States Code : Crimes and criminal procedure
28 USC	Title 28 of the United States Code : Judiciary and judicial procedure
AAI	Autorité administrative indépendante
ACAC	Accord de lutte contre la contrefaçon et le piratage, signé à Tokyo le 26.01.2012
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement (voir ACAC)
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS. 0.632.20 (p. 362-396)
AG	Aktiengesellschaft
al.	Alinéa
ARMT	Autorité de régulation des mesures techniques
art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel
CB	Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS. 0.231.15
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS. 210
CC	Creative commons
CD	Compact Disc
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
ch.	Chiffre(s)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS. 220
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS. 311.0
CPI	Code de la propriété intellectuelle, établi par la loi no. 92-597 du 1 ^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS. 101
DADVSI	Loi no. 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information
DFJP	Département fédéral de la justice et de la police
DNS	Domain Name System
DRMS	Digital rights management system

éd.	Edition, éditeur
Etc.	Et cætera
ex.	Exemple
FAI	Fournisseur d'accès à Internet
FBI	Federal Bureau of Investigation
FF	Feuille fédérale
GPL	General Public Licence
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
INRIA	Institut national de recherche en informatique et en automatique
IP	Internetworking Protocol
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention, RS. 232.14
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS. 241
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.1
LDdes	Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs, RS. 232.12
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS. 235.1
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance, RS. 232.11
LRTV	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision, RS. 784.40
LTo	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs, RS. 231.12
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MP3	MPEG Audio Layer III
no.	Numéro
ODAu	Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.11
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMET	Observatoire des mesures techniques
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	Page(s)
PIPA	Protect IP Act, Bill 112th Congress, S.968
PTT	Postes, Téléphones, Télégraphes, ancienne régie fédérale des postes
RAM	Random Access Memory
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique du droit fédéral

s.	Suivant
SACD	Société des auteurs et compositeurs dramatiques
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SCAM	Société civile des auteurs multimédia
SCOICI	Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet
Sect.	Section
SNEP	Syndicat national de l'édition phonographique
SOPA	Stop Online Piracy Act, Bill 112th Congress, H.R.3261.IH
ss.	Suivants
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TRIPs	Trade-related aspects of intellectual property rights, voire ADPIC
Unine	Université de Neuchâtel
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965, BGBl. I p. 1273
USA	United States of America
USC	Code of Laws of the United States of America
VHS	Video Home System
Vol.	Volume(s)
vs.	Versus, contre
WCT	Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty), RS. 0.231.151
WIPO	World Intellectual Property Organization, voire OMPI
WPPT	Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WIPO Performances and Phonograms Treaty), RS. 0.231.171.1

Bibliographie

Ouvrages et articles

- AUBERT Jean-François et MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003
- BARRELET Denis† et EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, Berne 2008, 3^{ème} éd.
- BAUDEL Jules-Marc, *La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, Paris 1990
- BENABOU Valérie-Laure, in : Copyright Enforcement and the Internet, STAMATOUDI Irini A. (éd.), Austin 2010, *The chase : The french Insight into « Three Strikes » System*
- CADUFF Melchior, *Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Verrüusserung von Computerprogrammen*, Berne 1997
- CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris 2010
- CAVALLI Jean, in : Internet 2005 : travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne le 17 novembre 2004 et le 10 mars 2005, DALLEVES Laure/BAGNOUD Raphaël (éd.), CEDIDAC, Lausanne 2005, *La gestion collective des droits d'auteur exploités sur Internet*
- CHERPILLOD Ivan, in : Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Herausgegeben von Reto M. Hilty, Berne/Munich 1996, *Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : le contenu des droits et leurs limitations*
- COLIN Caroline, *Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, Rapport pour la SACD/SCAM - Belgique, Namur 16.09.2011
- COLOMBET Claude, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Paris 1990
- DE WERRA Jacques, in : Quelques facettes du droit de l'Internet : volume 3 et 4 : numéro spécial propriété intellectuelle : droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, TISSOT Nathalie (éd.), Neuchâtel 2003, *La protection juridique des contenus numériques et ses limites*
- DE WERRA Jacques, *Téléchargements d'œuvres protégées: l'impunité maintenue ?*, in : Medialex 2006 p. 171
- DESSEMONTET François, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, CEDIDAC, Lausanne 2011, 2^{ème} éd.
- DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne 1999
- DESSEMONTET François, *Le monde de l'audiovisuel à l'ère numérique: enjeux juridiques*, in : sic ! 2009 p. 755
- DEVIGNE Luc Pierre, VELASCO-MARTINS Pedro et ILIOPOULOU Alexandra, in : Copyright Enforcement and the Internet, STAMATOUDI Irini A. (éd.), Austin 2010, *Where is Acta Taking Us ? Policies and Politics*
- DIRINGER Yvan, *Gestion collective des droits d'auteur et droit de la concurrence : pour une relecture à l'heure d'Internet*, Aix-en-Provence 2011

- FEHLBAUM Pascal, *Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet: une autre approche ?*, in : sic ! 2007 p. 855
- GILLIÉRON Philippe, *La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales*, in : sic ! 2004 vol. 4 p. 281
- GILLIÉRON Philippe, *Open source et droit des brevets*, in : Medialex 2007 p. 30
- GILLIÉRON Philippe, *Propriété intellectuelle et Internet*, CEDIDAC, Lausanne 2003
- GILLIÉRON Philippe, *Le monde de l'audiovisuel à l'ère numérique : enjeux juridiques*, in : sic ! 11/2009 p. 755
- GUÉDON Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1991
- HALPERN Sheldon W., NARD Craig Allen et PORT Kenneth L., *Fundamentals of United States Intellectual Property Law : Copyright, Patent, Trademark*, Alphen aan den Rijn 2011, 3^{ème} éd.
- HIRSIG-VOUILOZ Madeleine, in : Code pénal I, Art. 1-110 CP, Commentaire romand, ROTH Robert/MOREILLON Laurent (éd.), Bâle 2009, *Article 69 CP*
- HUGENHOLTZ Bernt, in : Copyright Enforcement and the Internet, STAMATOUDI Irini A. (éd.), Austin 2010, *Codes of conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace*
- INSTITUT FÉDÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Droit d'auteurs et droits voisins*, brochure, Berne 2011
- KARNELL Gunnar et LEWINSKI Silke, *Collective administration of copyrights and neighbouring rights*, Tübingen/Boston 2006
- LAMOUREUX Edward Lee, BARON Steven L. et STEWART Claire, *Intellectual Property Law & Interactive Media, Free for a Fee*, New-York 2009
- MEIER Philippe, *Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence c. Logistep AG (recours en matière civile), 8 septembre 2010; 1C_285/2009; ATF 136 II 508*, in : JdT 2011 II p. 446
- OKPALUBA Johnson, in : Copyright and Piracy, An Interdisciplinary Critique, BENTLY Lionel/DAVIS Jennifer/GINSBURG Jane C. (éd.), Cambridge 2010, « *Free-riding on the riddim* » ? *Open-source, copyright law and reggae music in Jamaica*
- RUEDIN Pierre Emmanuel et TISSOT Nathalie, *La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet*, in : sic ! 2008 p. 417
- SAHLFELD Miriam, *Creative Commons*, in : Medialex 2007 p. 72
- SALVADÉ Vincent, DIVOUX Cédric, TISSOT Nathalie, GERBER Sandrine, AMGWERT Lucemanuel et RUEDIN Pierre-Emmanuel, *Musique et droit d'auteur*, CD, Université de Neuchâtel/SUISA, Neuchâtel/Lausanne 2007
- SALVADÉ Vincent, in : Internet 2005 : travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne le 17 novembre 2004 et le 10 mars 2005, DALLEVES Laure/BAGNOUD Raphaël (éd.), CEDIDAC, Lausanne 2005, *Cas pratiques pour la perception collective*
- SALVADÉ Vincent, in : Quelques facettes du droit de l'Internet : volume 3 et 4 : numéro spécial propriété intellectuelle : droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, TISSOT Nathalie (éd.), Neuchâtel 2003, *Gestion collective des droits et nouvelles technologies : une mise en perspective par rapport aux questions actuelles*

- SALVADÉ Vincent, *Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ?*, aspects juridiques concernant le « cloud-computing », in : sic ! 2012 p.161
- SIRINELLI Pierre, DURRANDE Sylviane et LATREILLE Antoine, DALEAU Jeanne (éd.), *Code de la propriété intellectuelle*, Paris 2011
- SMIERS Joost et VAN SCHIJNDEL Marieke, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, traduction française Framalang, Paris 2011
- STEER SYLVAIN et FITZGIBBONINRIA Magali, *Guide d'approche et d'analyse des licences de logiciels libres*, INRIA, (document non daté)
- STRÄULER Bernhard, in : Code pénal I, Art. 1-110 CP, Commentaire romand, ROTH Robert/MOREILLON Laurent (éd.), Bâle 2009, *Articles 24 à 27 CP (participation)*
- STROWEL Alain et JASSERAND Catherine, in : Internet 2005 : travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne le 17 novembre 2004 et le 10 mars 2005, DALLEVES Laure/BAGNOUD Raphaël (éd.), CEDIDAC, Lausanne 2005, *Droit d'auteur et droit de l'Internet, revue des développements jurisprudentiels depuis 2004*
- STROWEL Alain et TULKENS François (éd.), in : Droit d'auteur et liberté d'expression, regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, Bruxelles 2006, *Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, A propos des libertés de créer et d'user des œuvres*
- STROWEL Alain, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences : étude de droit comparé*, Bruxelles/Paris 1990
- STROWEL Alain, in : Copyright Enforcement and the Internet, STAMATOUDI Irini A. (éd.), Austin 2010, *The « Graduated Response » in France*
- SUNDARA RAJAN Mira T., *Moral Rights*, Oxford 2011
- TAYLOR Michael D., in : Copyright Enforcement and the Internet, STAMATOUDI Irini A. (éd.), Austin 2010, *The Global System of Copyright Enforcement : Regulations, Policies and Politics*
- TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, Genève 2009, 4^{ème} éd.
- THIOLLIÈRE Michel, in : L'articulation des droits de propriété intellectuelle, BRUGUIÈRE Jean-Michel (éd.), Paris 2011, *Pourquoi Hadopi ?*
- TROLLER Kamen, *Précis du droit suisse des biens immatériels : droit des brevets, droit des dessins et modèles, droit d'auteur, droit de l'informatique, droit des marques, droit de la concurrence déloyale*, Bâle/Genève/Munich 2001
- VION Adrien, *Droit d'auteur sur Internet : le cadre juridique actuel est-il suffisant ?*, in : Jusletter 14.05.2012
- VIVANT Michel et BRUGUIÈRE Jean-Michel, *Droit d'auteur*, Paris 2009
- WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris 2008, 22^{ème} éd.
- WERLY Stéphane, in : Code pénal I, Art. 1-110 CP, Commentaire romand, ROTH Robert/MOREILLON Laurent (éd.), Bâle 2009, *Article 28 CP (punissabilité des médias)*
- WIDMER Thomas, *Les « suggestions » de Google devant la justice jurassienne*, in : sic ! 2012 p. 126

Travaux préparatoires

- Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur du 10 mars 2006, FF 2006 3263
- Message concernant la loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA), la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris, et la Convention universelle sur le droit d'auteur et ses protocoles additionnels 1 et 2 révisés à Paris du 29 août 1984, FF 1984 III 177 (Projet I)
- Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), une loi fédérale sur la protection des topographies de circuits intégrés (loi sur les topographies, LTo) ainsi qu'un arrêté fédéral concernant diverses conventions internationales dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins du 19 juin 1989, FF 1989 III 465 (Projet II)
- Postulat Savary Géraldine, La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique?, Bulletin officiel, Conseil des Etats, 2010 10.3263
- Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations d'œuvres illicites sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, 30.11.2011

Principaux textes législatifs

- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS. 0.632.20 (p. 362-396) (ADPIC)
- Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS. 0.231.15 (CB)
- 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
- Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS. 231.1 (LDA)
- Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty), RS. 0.231.151 (WCT)
- Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WIPO Performances and Phonograms Treaty), RS. 0.231.171.1 (WPPT)

Remarques

Les quotidiens et magazines ainsi que les sites Internet consultés et les textes législatifs non mentionnés autre part, sont cités en notes de bas de page.

Les définitions techniques proviennent du glossaire en ligne de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet disponible à l'adresse : « <http://www.hadopi.fr/glossaire> »

Le contenu des sites Internet rapportés est tel qu'il apparaît au 22 juin 2012.

Introduction

Suite au postulat de Mme la conseillère aux Etats Géraldine Savary¹, nombreux étaient ceux qui attendaient avec impatience la réponse du Conseil fédéral. A la question pertinente de savoir si « *la Suisse a besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique?* », la réponse est tombée le 30 novembre 2011 sous forme d'un rapport qui pourrait se résumer en cette phrase : « *Cachez donc ce téléchargement que je ne saurais voir !* »

Sarcasme mis à part, la lecture de la réponse complète peut laisser sur sa faim. Le Conseil fédéral, après avoir décrit le paysage numérique suisse en se référant à de nombreuses études étrangères, se contente dans un premier temps, chiffres à l'appui, de nous rassurer parce que ce phénomène n'a de réelles conséquences économiques que pour nos voisins. Les éventuelles conséquences étant, selon lui, négligeables pour la Suisse.² Après avoir souligné les difficultés qu'engendrerait la prise en main du problème, il conclut au *statu quo* en raison des nombreuses incertitudes entourant l'évolution du phénomène et de la technique.

Perplexe face à la posture adoptée par le Conseil fédéral, je souhaite avec ce mémoire approfondir la réflexion et effectuer un tour d'horizon des solutions envisageables pour réguler le téléchargement sur Internet d'œuvres et d'œuvres musicales plus particulièrement.

Il faut bien constater que le téléchargement d'œuvres en tout genre à partir d'Internet est désormais sans conteste un acte banal ; grâce à un nombre incalculable de sources facilement accessibles et simples d'utilisation. Que ce soit au moyen de logiciels *peer-to-peer* ou de lecture dites en *streaming*, que la source soit plus ou moins douteuse, la consommation massive d'œuvres par le biais des nouvelles technologies fait désormais partie du quotidien.

Toutefois ces actes ne sont pas si anodins qu'ils n'y paraissent et soulèvent de nombreuses interrogations relatives aux droits d'auteur, notamment quant à leur mise en œuvre et en regard de la place que doit occuper leur protection sur les réseaux.

Quel est le régime applicable aujourd'hui au téléchargement d'œuvres musicales en Suisse? Quelles sont les principales alternatives appliquées ou envisagées à l'étranger et, finalement, lesquelles sont les plus pertinentes et réalistes dans notre paysage juridique ? Telles sont les questions auxquelles je tente de répondre dans le présent travail.

A l'origine, la propriété intellectuelle n'était pas connue ou reconnue. Son immatérialité la rendait difficile à appréhender tant conceptuellement que matériellement. L'œuvre n'était alors pas protégée, la protection passait par la possession physique de l'œuvre et toute autre forme était alors difficilement envisageable. Cet état de fait n'a plus cours aujourd'hui et les biens immatériels sont désormais connus, reconnus et protégés. L'ayant droit possède sur l'œuvre les droits exclusifs que lui concède l'ordre juridique. Il peut la maîtriser et en céder ou en concéder l'usage bien plus largement de par la nature même de ces biens.³

Cette situation est cependant remise en cause avec l'émergence du cyberspace qui nous place devant le même dilemme, les mêmes difficultés, que les anciens. Pendant longtemps l'œuvre s'est vue en grande partie assimilée à son support (cassette, CD, film, DVD) et sa protection assurée par la possession matérielle de ce dernier et par un contrôle partiel des moyens de

¹ BO, Conseil des Etats, 2010 10.3263.

² Selon une étude de *Pricewaterhouse* de 2010 citée en page huit du rapport réponse du Conseil fédéral, les trois secteurs du divertissement musique, jeux-vidéos et divertissement cinématographique ont dégagé un chiffre d'affaire, en Suisse, de 1,23 milliards de francs en 2009, soit 0,23% du PIB.

³ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 21 ss.

production. Les évolutions techniques ont accentué le caractère immatériel de l'œuvre et, avec Internet, l'œuvre s'est pour ainsi dire affranchie de son support matériel. La difficulté d'appréhension des uns et l'abatement, face aux défis que pose une protection, des autres, tend à faire disparaître la reconnaissance des droits d'auteur et à faire de leur protection une idée saugrenue.

C'est oublier que les biens immatériels ont toujours été, par essence, immatériels, inépuisables et doués d'ubiquité. Le cyberspace ne fait que remémorer cette nature mais ne saurait en rien priver les œuvres de leur substance, car c'est toujours la perception de l'œuvre qui est protégée et le support ne devrait avoir aucune influence sur l'étendue des droits.

1. Régime applicable en Suisse

A l'heure actuelle il n'existe aucune loi spéciale ou unique traitant du sort des œuvres sur Internet. Aucune autre loi du reste ne s'intéresse aux différents domaines de la propriété intellectuelle dans ce contexte.

La principale source de droit est la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins de 1992 (LDA). Se préoccupant du sort des œuvres en général, quel que soit leur moyen de production, de consultation ou simplement leur forme ou contenu ; c'est cette dernière qui définit en Suisse le régime applicable à l'œuvre sur Internet.

C'est en se fondant sur la LDA et ses développements jurisprudentiels que l'on peut répondre aux nombreuses interrogations des internautes préoccupés (ou non) par la portée des droits d'auteur sur Internet ; des internautes qui (malheureusement !) bien souvent se tournent vers l'expert technique plutôt que le juriste et consultent le blog plutôt que la Loi.

1.1 La Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins

1.1.1 Les biens immatériels

Les biens immatériels ont été longtemps écartés du champ d'application du droit et n'étaient pas considérés comme des biens juridiquement existants. En effet leur immatérialité les rendaient - déjà - difficiles à appréhender ainsi qu'à protéger, et ce malgré le fait qu'ils aient sans conteste enrichi grandement le savoir et la culture humaine tout au long de l'Histoire.⁴

Les biens immatériels sont des choses incorporelles que l'ayant droit ne possède qu'en vertu des droits exclusifs que lui concède l'ordre juridique. Il ne peut exister qu'un *numerus clausus* des prestations protégées (artistiques, inventives, etc.) qui est réalisé par le législateur dans les différentes législations existantes dans le domaine.⁵

Il faut dire que la nature intellectuelle des biens immatériels les affranchit de toute action de l'espace et du temps. Ainsi peut-on, dans un même temps, écouter la même musique sur n'importe quel point du globe ou jouer des airs connus en diverses époques et circonstances. De surcroît, ils sont inépuisables et peuvent être exploités, communiqués ou utilisés sans réelles limites.

Quant à leur défense, on ne peut pas les restituer. Au plus peut-on s'engager à ne plus en faire usage car, comme le dit l'adage : « *On ne peut pas désapprendre* ».

Reste que le droit peut protéger le contenu sensoriellement perceptible et potentiellement reproductible.⁶ Ainsi l'idée ou le style ne sont pas protégés. Dans une certaine mesure, la possession même du droit est protégée. Dans ce cas, la possession ne se limite pas seulement au pouvoir physique sur le bien, mais aussi à sa maîtrise économique et à l'étroite relation qui existe entre le titulaire et le bien (entre l'auteur et l'œuvre) que l'on ne saurait ignorer.

Les problèmes de possession des biens immatériels n'ont cependant que très peu préoccupé les juristes. La possession matérielle de l'œuvre telle que fixée sur son support étant plus facile à concevoir et à faire valoir. Mais depuis l'apparition des moyens modernes de télécommunication, la possession est de plus en plus mise en danger et il convient de chercher des solutions aux usurpations de possession des biens immatériels.⁷

⁴ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 17 ss.

⁵ LBI, LDA, LDes, LTo et LPM.

⁶ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 24 s.

⁷ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 34.

Afin de bien mettre en perspective le sujet de ce mémoire, il est intéressant de relever que la naissance des premières réglementations sur le droit d'auteur est due à une révolution technologique qui bouleversa les habitudes de consommation. C'est en effet durant le « beau XVIème siècle » que l'imprimerie prend son essor et permet de faire circuler rapidement les idées dans toute l'Europe. Mais c'est aussi dans ce même élan qu'apparaissent les premières contrefaçons et les premières traces de législation.⁸

1.1.2 Bref historique du droit d'auteur en Suisse

Malgré des initiatives locales éparées dès le XVIème siècle,⁹ ce n'est qu'au début du XIXème que quelques cantons se dotent de législations dans le domaine de la propriété intellectuelle. Certains influencés par l'occupation française suite à la défaite de 1798,¹⁰ une période qui vit d'ailleurs apparaître la première législation nationale en matière de propriété intellectuelle.¹¹ Après la restauration de 1803 plusieurs législations cantonales éparées traitent du sujet avant qu'en 1856 un concordat intercantonal¹² ne réunisse 12 cantons sur « *la protection de la propriété intellectuelle littéraire et artistique* ». Ce n'est qu'en 1874 que la Confédération reçoit pour la première fois la compétence de légiférer en matière de droit civil et par là même en matière de propriété intellectuelle. Ce qu'elle fait en adoptant la Loi sur le droit d'auteur de 1883¹³ puis, à nouveau, en 1922.¹⁴

Le remplacement de l'ancienne loi de 1922 donna lieu à un processus législatif long et mouvementé qui comprendra pas moins de trois avant-projets et deux projets.

La première commission d'experts est mandatée en 1963 afin d'élaborer un projet de nouvelle loi sur le droit d'auteur. Le premier projet est présenté par le Conseil fédéral en 1984. Toutefois il ne tient pas compte des bouleversements technologiques que sont l'apparition de la copie de masse, grâce au nouvel outil technique qu'est la photocopieuse, ainsi que des programmes « *pour le traitement automatique de l'information* » (ou logiciels).¹⁵ Ce qui amène les Chambres à renvoyer le projet la même année. Suite à cela, une troisième commission d'experts est nommée et élabore un avant-projet qui est repris par le Conseil fédéral dans son message en 1989. Ce n'est toutefois qu'en 1992 que la Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins voit finalement le jour pour entrer en vigueur le premier juillet 1993, soit près de 30 ans après le début de l'entreprise législative. Indice de la complexité de la matière et de l'importance des intérêts en jeu.

1.1.3 Introduction au droit d'auteur

La LDA protège les auteurs et leurs créations artistiques et littéraires. Elle le fait d'office à un certain nombre de conditions qui seront traitées en détail ci-dessous. A noter que dans le cadre du présent travail je ne traiterai pas des droits voisins et me concentrerai sur les œuvres musicales et leur utilisation par des privés.

⁸ Vivant/Bruguière, Droit d'auteur, p. 10.

⁹ Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 1.

¹⁰ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 3 ; Dictionnaire historique de la Suisse, République helvétique : « <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9797.php> ».

¹¹ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 15

¹² Concordat pour la protection de la propriété intellectuelle littéraire et artistique, RO 1856 V p. 453.

¹³ Loi fédérale du 23 avril 1883 concernant la propriété littéraire et artistique, RO 1885 VII p. 239.

¹⁴ Loi fédérale du 7 décembre 1922 concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, FF 1922 III 981.

¹⁵ FF 1989 III 465, p. 466 et 473.

1.1.3.1 L'œuvre

La question initiale à se poser est d'être certain que l'on se trouve bien en présence d'une œuvre. En effet, si la création n'a pas cette qualité elle n'est pas protégée par la LDA.

Par œuvre on entend toute « *création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel* »¹⁶, et ce indépendamment de sa valeur, de sa destination ou de son support. Peu importe qu'elle soit laide ou non-fixée (par ex. un spectacle de rue).

A la base de toute œuvre, il y a l'idée. Cette étincelle dans l'esprit de l'auteur qui tout en étant bien plus riche et vaste que la matérialisation qui s'ensuivra, n'est toutefois pas protégée pour une raison bien simple,¹⁷ c'est qu'elle est abstraite et nullement perceptible par toute autre personne que l'auteur. Revient alors à ce dernier de la concrétiser par une action physique (même modeste) afin de la rendre perceptible par les tiers. A l'instar de Wolfgang Amadeus Mozart qui, à propos d'une œuvre commandée, dit : « *Komponiert ist schon alles - aber geschrieben noch nicht* »¹⁸.

Le style n'est pas protégé. Il n'est pas perceptible, car il est le produit d'une analyse intellectuelle d'une ou plusieurs œuvres.¹⁹

La LDA n'accorde sa protection qu'aux créations ayant un caractère suffisamment individuel²⁰ afin de protéger l'effort créatif de l'auteur et d'éviter de protéger des banalités. Ce n'est pas seulement une unicité statistique, le TF exige de l'œuvre elle-même qu'elle exprime un « *cachet propre ou ... une nouvelle idée originale* ». ²¹ Afin de se déterminer, il convient d'effectuer une comparaison avec ce qui existe déjà et ce qui pourrait exister. Pour ce dernier point, cela dépend largement de la marge de manœuvre dont dispose l'auteur (qu'elle soit due aux contraintes physiques ou pratiques). Plus cette dernière est importante, plus l'individualité de l'œuvre devra être marquée.²²

Aucune formalité n'est requise pour qu'une œuvre soit protégée. Elle l'est dès sa création pour autant qu'elle remplisse les conditions prévues par la loi. Qu'elle soit divulguée ou tenue secrète, « *fixée sur un support ou non* », l'œuvre est protégée.²³

L'œuvre inachevée ou en cours de création est aussi protégée ; pour autant qu'elle soit une création de l'esprit et suffisamment individuelle (par ex. esquisses, maquettes ou chutes de film).

1.1.3.2 L'auteur

La qualité d'auteur est liée à l'œuvre, à l'activité créatrice qu'a nécessité cette dernière pour son *créateur*²⁴ et non au risque financier pris par son producteur ou éditeur. L'article 6 LDA définit tout simplement l'auteur comme « *la personne physique qui a créé l'œuvre.* » Contrairement à la solution trouvée par d'autres ordres juridiques, il ne peut pas s'agir d'une

¹⁶ Art. 2 LDA.

¹⁷ Art. 9 ADPIC.

¹⁸ Lettre à son père de 1780 alors qu'il travaillait sur l'opéra « Idomeneo ».

¹⁹ ATF 113 II 190.

²⁰ Avant 1993 la loi exigeait l'originalité de l'œuvre. Toutefois ce critère lié à la personnalité de l'auteur ne correspondait pas aux réalités pratiques de certains domaines soumis à la loi.

²¹ ATF 113 II 190.

²² ATF 190 II 190.

²³ Art. 29 LDA.

²⁴ Selon le principe du créateur, ATF 116 II 352.

personne morale.²⁵ Cette dernière ne peut acquérir la titularité d'un droit d'auteur que de manière dérivée.

Seule exception à ce principe : l'article 393 CO sur le contrat d'édition.²⁶ Selon cette disposition, lorsque l'œuvre est composée d'après le plan de l'éditeur « *le droit d'auteur appartient alors à l'éditeur* »²⁷.

Plus subtil, l'article 17 LDA traitant des logiciels, confère l'usage exclusif des droits d'auteur à l'employeur du créateur bien que ce dernier en reste le titulaire.

Il existe une présomption de la qualité d'auteur à l'article 8 LDA lorsque l'auteur est inconnu. Celui qui divulgue l'œuvre est alors présumé en être l'ayant droit et peut faire valoir l'ensemble des droits d'auteur.

1.1.4 L'étendue du droit d'auteur

L'auteur dispose sur son œuvre d'un droit exclusif et absolu²⁸ dont les limites sont définies par la LDA. A ce titre, l'auteur bénéficie de la garantie de propriété de l'art. 26 Cst,²⁹ toutefois cette garantie ne peut être mise en œuvre que par l'intermédiaire de la LDA.³⁰

Il s'agit d'un droit sur l'œuvre regroupant différents aspects, différents « droits ». Ces droits sont dit « élastiques » car, en réalité, l'auteur n'en cède pas la titularité au tiers mais s'en interdit l'usage. A l'image d'un ballon que l'on comprimerait ce dernier restant entier, par opposition au même ballon qui cette fois serait coupé et dont on prélèverait tout ou partie.³¹

Les droits d'auteur peuvent se classer en deux grandes catégories selon les aspects qu'ils protègent.

1.1.4.1 Les droits moraux

Sous l'ancien droit, les droits moraux découlaient directement de la protection de la personnalité de l'auteur.³² Depuis, protégés en tant que tels, ils sont l'expression de la relation « intime » entre l'auteur et son œuvre.

Les principaux droits moraux sont : le droit de paternité, le droit de divulgation et le droit à l'intégrité de l'œuvre.

1.1.4.1.1 Droit de paternité (art. 9 al. 1 et 2 LDA)

L'auteur peut choisir le nom ou le pseudonyme (donc aussi l'anonymat) sous lequel il sera connu du public. Il peut exiger que son nom soit associé à l'usage de l'œuvre dans la limite des usages (par ex. on ne cite généralement pas les compositeurs à la radio). Quand à l'auteur hétéronyme (ou « nègre »), il reste l'auteur mais s'interdit de faire usage de son droit de paternité.³³

1.1.4.1.2 Droit de divulgation (art. 9 al. 2 et 3 LDA)

Par divulgation on entend le fait de rendre accessible l'œuvre au public pour la première fois. Ce droit appartient exclusivement à l'auteur qui est libre de décider de garder secrète son

²⁵ Voir point 2.3.1.1.1.

²⁶ Art 380 ss. CO.

²⁷ Art. 393 al. 2 CO.

²⁸ ATF 117 II 465.

²⁹ Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, p. 224.

³⁰ FF 1989 III 465, p. 592.

³¹ Dessemontet, La propriété intellectuelle, p. 70.

³² Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 74.

³³ Barrelet/Egloff, le nouveau droit d'auteur, p. 45.

œuvre. La divulgation ne peut être faite qu'avec l'accord express de l'auteur.³⁴ C'est un droit qui bien qu'incessible peut être exercé par des intermédiaires.³⁵ Les restrictions au droit d'auteur (par ex. art 19 LDA) ne sont possibles qu'une fois l'œuvre valablement divulguée. Le droit de divulgation est considéré par certains auteurs comme un droit mixte,³⁶ l'arrivée sur le marché d'une œuvre revêtant une importance économique non négligeable.

1.1.4.1.3 Droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA)

La possibilité de modifier l'œuvre est l'un des privilèges de l'auteur. Toute modification, même de détail, ne peut se faire qu'avec l'accord de ce dernier. Cela peut aussi se faire tacitement, aux vues des circonstances (par ex. accord de publier une œuvre en couleur dans un journal et ce dernier l'imprime en noir et blanc).

Lorsque le noyau dur de ce droit est touché, l'auteur peut s'opposer à toute modification bien qu'il ait précédemment donné son accord. Tel est le cas lors d'atteintes graves à sa réputation professionnelle ou à son honneur qui équivalent à une violation de sa personnalité. L'altération peut subvenir tant dans la substance de l'œuvre que dans son contexte.³⁷

1.1.4.2 Les droits patrimoniaux

Cette catégorie de droits a une nature essentiellement pécuniaire et s'intéresse au potentiel économique de l'œuvre. Elle permet à l'auteur de tirer une rémunération pour son travail et son effort créatif.

L'auteur choisit si, quand et comment sera utilisée son œuvre et peut exiger une contrepartie. Il s'agit notamment des : droit de reproduction, droit d'exécution et de mise à disposition, droit de diffusion, droit de retransmission et droit de faire voir ou entendre.

1.1.4.2.1 Droit de reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA)

Ce droit s'entend pour la confection de toute copie ou reproduction, quelle qu'en soit la forme ; que la copie soit à l'identique ou modifiée (par ex. miniature). Et quel qu'en soit le support. Ce qui comprend les copies sur support informatique ainsi que le téléchargement à partir d'Internet.³⁸ A ce titre, un fichier musical MP3 dans un *iPod* est une reproduction.³⁹ Le droit de reproduction est le droit le plus largement invoqué.

1.1.4.2.2 Droit d'exécution et de mise à disposition (art.10 al. 2 let. c LDA)

Ce droit comprend pour l'auteur toutes les formes d'exécution de l'œuvre dont le droit de récitation (par ex. œuvre littéraire), de représentation (par ex. pièce de théâtre ou film) et d'exécution (par ex. œuvre musicale). Il peut décider « ... de la (l'œuvre) faire voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée et de la mettre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »⁴⁰

Cette disposition a été modifiée en 2008 en utilisant des termes plus généraux⁴¹ afin de remplir les exigences des traités WCT et WPPT et de couvrir toutes les formes de consultation y compris les consultations en ligne.

³⁴ ATF 120 IV 212.

³⁵ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 50.

³⁶ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 149.

³⁷ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 70 ss.

³⁸ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 57s.

³⁹ ATF 133 II 263.

⁴⁰ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁴¹ FF 2006 3263, p. 3293 s.

Ce droit est exercé dès le moment de la mise à disposition (de la communication⁴²) du contenu et non de la consultation (*streaming*).⁴³ Selon certains, un simple lien hypertexte serait déjà un acte de mise à disposition à l'internaute.⁴⁴

1.1.4.2.3 Droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA)

La diffusion est l'envoi⁴⁵ simultané de l'œuvre par des moyens techniques (par ex. radio, télévision, satellite⁴⁶ ou câble) à un groupe plus ou moins important de personnes.⁴⁷ Pour qu'il y ait diffusion au sens du présent article, il faut que l'utilisateur n'ait qu'à enclencher un récepteur afin de capter l'émission. Dans les situations de consultation à distance de bases de données⁴⁸ ou de *streaming*, le consommateur doit appeler activement la consultation.⁴⁹ Par ailleurs, dans ces cas, la plupart du temps il n'y a pas de simultanéité temporelle entre l'appel et l'émission. Il ne s'agit donc pas d'une diffusion au sens de l'article 10 al. 2 let. d LDA.

1.1.4.2.4 Droit de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA)

La retransmission est une transmission qui est secondaire par rapport à la transmission originale.⁵⁰ Elle est la plupart du temps le fait d'une autre personne que le diffuseur initial. Lorsqu'il y a diffusion sur plusieurs canaux simultanément (par ex. sur le télé-réseau et Internet) il y a aussi retransmission au sens de l'article 10 al. 2 let. e LDA.⁵¹

1.1.4.2.5 Droit de faire voir ou entendre (art. 10 al. 2 let. f LDA)

C'est un droit de réception des œuvres déjà diffusées⁵² quel qu'en soit la source et dépassant le cadre privé. Il comprend tous les cas de réception publique comme celui d'une télévision dans un bar diffusant une chaîne d'information, de la musique martelée en bruit de fonds dans un magasin à partir de la radio ou d'un écran géant dressé pour la Coupe du monde de football (*public viewing*)⁵³. Mais il couvre aussi tous les cas échappant à l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA⁵⁴, comme par exemple la diffusion d'un match de football dans un club privé à partir de la télévision.⁵⁵

1.1.5 Les limites au droit d'auteur

1.1.5.1 Durée de protection

Les droits d'auteur sont protégés depuis la création de l'œuvre⁵⁶ et jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur. Cette durée est de 50 ans pour les droits voisins⁵⁷ et les logiciels. Passé ce délai l'œuvre tombe dans le domaine public et devient libre de droits.

⁴² Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 281.

⁴³ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 61.

⁴⁴ Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 279.

⁴⁵ Le texte allemand de la loi est plus clair et utilise le verbe *senden*.

⁴⁶ ATF 119 II 51.

⁴⁷ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 184.

⁴⁸ FF 1989 III 465, p. 514.

⁴⁹ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 63.

⁵⁰ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 236.

⁵¹ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 65.

⁵² Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 95.

⁵³ Arrêt du TAF du 21.02.2011, B_2346/2009.

⁵⁴ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 67.

⁵⁵ Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 96.

⁵⁶ Voir point 1.1.3.1.

⁵⁷ Art. 39 al. 1 LDA.

1.1.5.2 Le « triple test » des articles 9 ch. 2 CB et 13 ADPIC

Les conventions internationales ont introduit depuis longtemps la notion de « triple test » (ou test des trois étapes) concernant les limitations au droit d'auteur envisagées par les législateurs nationaux. Selon ce principe, les restrictions au droit d'auteur ne sauraient être tolérées que dans la mesure où il s'agit d'un *cas spécial* qui *ne compromet pas l'exploitation normale de l'œuvre* et qui *ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*.

Alors que la Convention de Berne limite ce principe à la reproduction de l'œuvre, les ADPIC en particulier l'ont étendu à tous les droits.⁵⁸

1.1.5.3 L'exception d'usage privé (art. 19 LDA)

Une des limitations principales au droit d'auteur est l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA. Elle est le fruit de la pesée entre l'intérêt privé de l'auteur à la protection de sa propriété et à la reconnaissance de son effort créatif d'une part, et l'intérêt public à limiter les obstacles à la diffusion des connaissances d'autre part.⁵⁹ L'exception d'usage privé est la pondération du droit d'auteur face à la réalité de la vie en société. Ainsi serait-il excessif d'interdire à un individu prenant son bain de siffloter un air connu sous prétexte qu'il n'a pas l'accord de l'auteur.

Toutefois cette exception ne saurait être absolue et est soumise non seulement à un certain nombre de conditions, mais surtout, dans certains cas, au paiement d'une rémunération sous forme de redevance.

Bien que sous l'ancien droit la copie privée était pratiquement interdite, les utilisateurs n'ont jamais ressenti l'illicéité de la photocopie et de l'enregistrement sur cassette.⁶⁰ Le droit en vigueur ne correspondant plus aux usages, le législateur a ancré dans la loi l'exception d'usage privé. Cependant cette dernière a pris une toute autre dimension depuis l'émergence du numérique chez le particulier qui, contrairement à ses ancêtres Xerox et VHS, permet des copies bon marché, massives, immédiates et de qualité irréprochable.

L'exception d'usage privé couvre trois types d'utilisation :

- L'usage privé au sens étroit (art 19 al. 1 let. a) ;
- l'usage pédagogique (art 19 al. 1 let. b) ;
- l'usage au sein des entreprises et administrations (art 19 al. 1 let. c).

Tandis que l'usage de l'œuvre qui peut être fait pour la première catégorie est quasiment sans limite, les deux suivants sont restreints par la loi⁶¹ et soumis au paiement d'une redevance forfaitaire. Les deux dernières catégories n'étant que marginalement liées à mon sujet, elles ne sont pas traitées plus avant dans ce travail.

L'exception d'usage privé au sens étroit n'est pas un droit à la copie privée, mais une restriction au droit d'auteur.⁶² Elle s'exerce à l'encontre des droits d'auteur à trois conditions : que l'œuvre soit divulguée, pour une utilisation à titre privé et dans un cercle restreint de personnes.

⁵⁸ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 117.

⁵⁹ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 116.

⁶⁰ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 308.

⁶¹ Art. 19 al. 3 LDA.

⁶² Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 310.

L'usage privé s'entend au sens large, soit un usage non commercial.⁶³ La loi parle d' « *un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis* ». ⁶⁴ Cette notion doit être interprétée restrictivement, il ne s'agit ni des employés d'une même entreprise ou des membres d'une même société, ni de sa liste d'amis *Facebook*.⁶⁵

Lorsque ces conditions sont remplies l'utilisateur est libre de faire tout usage de l'œuvre.⁶⁶ Le téléchargement (*download*), tout comme l'échange et le partage de fichiers électroniques au sein du cercle restreint, est couvert par l'exception d'usage privé.⁶⁷ Dès lors que l'on s'écarte de ce cercle étroit, on sort de l'usage privé. Ainsi la mise à disposition (*upload*) à des tiers n'est pas couverte, tout comme les logiciels ne peuvent bénéficier de cette exception.⁶⁸

Si l'utilisateur veut reproduire une œuvre à titre privé, il peut tout aussi bien en charger un tiers.⁶⁹ C'est le cas, par exemple, d'une personne qui ne dispose pas du matériel nécessaire et demande à son voisin de lui graver un CD.

Comme le laisse entendre la loi,⁷⁰ il est largement admis que la licéité de la source n'est pas une exigence d'application de l'exception de copie privée. L'unique exigence concernant l'œuvre est que cette dernière doit avoir été valablement divulguée.⁷¹ Ainsi il est actuellement possible en Suisse de télécharger un fichier MP3 depuis une plateforme pirate.

Vu la restriction majeure aux droits d'auteur que constitue l'exception d'usage privé, le législateur, afin d'éviter toute spoliation des auteurs et pour respecter ses engagements internationaux,⁷² a introduit une rémunération des ayants droit pour les copies privées effectuées de leurs œuvres.

1.1.5.4 Redevances (art. 20 LDA)

Dès leur introduction, nombreux sont ceux qui considèrent les rémunérations pour l'usage privé de l'article 20 LDA comme de nouvelles taxes. Les critiques sont d'ailleurs encore nombreuses à ce sujet.⁷³ En réalité, il s'agit d'une rémunération destinée aux auteurs d'œuvres protégées pour les copies privées effectuées librement et licitement par le public, et non d'une taxe ou d'une compensation pour les copies illicites. Elles sont obligatoirement perçues par les sociétés de gestion agréées⁷⁴ qui les exercent par le biais des tarifs communs.

1.1.5.4.1 Les tarifs communs

Les tarifs communs sont des règlements qui fixent à l'avance le montant et l'étendue des contre-prestations applicables à un utilisateur. Ils sont établis par les sociétés de gestion en vertu de l'article 46 LDA, après négociation avec les représentants des utilisateurs⁷⁵, selon le principe de l'équité de l'article 60 LDA.

⁶³ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 119.

⁶⁴ Art 19 al. 1 let. a LDA.

⁶⁵ Barrelet/Egloff, *le nouveau droit d'auteur*, p. 121.

⁶⁶ Troller, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, p. 238.

⁶⁷ Ruedin/Tissot, *La rémunération du transfert des œuvres sur Internet*, p. 420.

⁶⁸ Art. 19 al. 4 LDA.

⁶⁹ Art. 19 al. 2 LDA.

⁷⁰ FF 2006 3263, p. 3302.

⁷¹ Ruedin/Tissot, *La rémunération du transfert des œuvres sur Internet*, p. 421.

⁷² Plus précisément en se conformant au « triple test » de la convention de Berne et aux WCT et WPPT.

⁷³ Le Temps.ch, *Une réponse analogique à un monde numérique*, 26.01.2011 : « <http://letemps.ch/Page/Uuid/5307cc88-28be-11e0-8eb7-d1c50b2a7d50%7C2> ».

⁷⁴ Art. 20 al. 3 LDA.

⁷⁵ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 279 s.

Les tarifs sont publiés et sont soumis au contrôle de la Commission arbitrale fédérale⁷⁶ qui doit les approuver s'ils sont « *équitable*s ». En cas de litige, les parties peuvent porter le cas devant le Tribunal administratif fédéral.

Le montant des redevances dues dépend de l'utilisation de l'œuvre faite par l'utilisateur.

1.1.5.4.2 La redevance sur les supports vierges

Bien que l'usage privé au sens strict soit exempt de redevance,⁷⁷ l'utilisateur est toutefois mis à contribution indirectement par le biais de la redevance sur les supports vierges prévue par l'article 20 al. 3 LDA.

Cette disposition soumet à rémunération les « *cassettes vierges* » ainsi que, depuis la modification de la LDA de 2008, explicitement tous les « *supports propres à l'enregistrement d'œuvres* ». A savoir les mémoires des baladeurs MP3, les disques durs, les CD inscriptibles ainsi que les nombreux autres supports susceptibles de contenir des copies d'œuvres. La question se pose avec les appareils multifonctions qui sont désormais légion. En effet, ils ne servent pas principalement à la copie d'œuvres musicales (par ex. les *smartphones*) et parfois même cette fonction n'est pas du tout employée par l'utilisateur. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral qui se penchait sur le tarif commun 4d,⁷⁸ c'est la vraisemblance qui compte⁷⁹ sans toutefois qu'on puisse présumer de l'usage qu'en fera l'utilisateur. D'où la distinction opérée entre le tarif 4d pour les appareils dont la fonction principale est de servir de support aux copies numériques d'œuvres et le tarif 4e (toujours en cours d'approbation) pour les appareils à fonctions multiples dont le potentiel de support pour les copies existe.⁸⁰ Les montants des redevances sont dues par les fabricants et importateurs de supports vierges et se calculent selon la capacité de stockage des appareils, parfois avec des taux dégressifs.⁸¹

1.1.5.4.3 Article 19 al. 3bis LDA

Afin d'éviter que l'internaute qui achète un morceau de musique en ligne ne soit désavantagé par rapport à l'acheteur qui se rend chez un disquaire, l'article 19 al. 3bis exempte la première copie des limitations de l'article 19 al. 3 LDA ainsi que de redevance. En effet, contrairement à l'acquéreur d'un CD, l'internaute n'a d'autre choix que de copier l'œuvre sur un support s'il veut l'écouter. Support pour lequel il aurait déjà payé une redevance. C'est là que la règle de conflit de cette disposition prend effet en supprimant cette redevance pour la copie privée. Toutefois la copie doit être effectuée suite à une mise à disposition licite. C'est-à-dire que le fournisseur en ligne doit s'être acquitté des droits de mise à disposition de l'œuvre auprès des ayants droit.⁸²

1.1.5.5 Copies de sécurité et reproductions provisoires

Il est licite d'effectuer *une* copie à des fins de préservation de l'œuvre originale à condition que seul un exemplaire soit consultable. Le but premier de cette disposition est de préserver les œuvres originales⁸³ et non de favoriser l'accès à une œuvre.

Le Conseil fédéral reconnaissant la versatilité des données informatiques,⁸⁴ l'article 24 al. 1bis LDA permet d'effectuer plusieurs copies dans le cadre des bibliothèques et autres

⁷⁶ Art. 55 LDA.

⁷⁷ Art. 20 al. 1 LDA.

⁷⁸ Redevance sur les supports de mémoire numériques type microprocesseurs ou disques durs pour appareils enregistreurs audio et vidéo.

⁷⁹ ATF 133 II 263.

⁸⁰ Dessemontet, Le monde de l'audiovisuel à l'ère numérique: enjeux juridiques, p. 764.

⁸¹ Tarif commun 4d.

⁸² Salvadé, Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ?, p. 164 s.

⁸³ FF 1989 III p. 529, voir sous art. 23.

établissements d'intérêt public tant que le but n'est pas économique. Toutefois il s'agit là encore de préserver une œuvre en la copiant à différents moments sur différents supports, et non d'en multiplier l'accès. Étonnamment, cette possibilité ne s'étend pas aux logiciels⁸⁵ dont la copie de sécurité unique prévaut encore.⁸⁶

Avant l'entrée en vigueur de l'article 24a LDA en 2008 se posait la question de savoir si une reproduction temporaire d'une œuvre était licite ou non.⁸⁷ En effet, les moyens informatiques nécessitent de nombreuses copies temporaires pour fonctionner. Que cela soit dans la mémoire interne de l'ordinateur de l'utilisateur (par ex. mémoire cache et RAM) ou par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) afin de permettre la consultation des pages web sur Internet. Désormais il est expressément reconnu que les copies techniquement nécessaires et n'ayant pas de « *signification économique indépendante* »⁸⁸ sont licites.

Cette adaptation récente de la loi fait écho à la directive européenne sur la société de l'information⁸⁹ qui fixe à son article 5 l'exception reprise quasiment mots pour mots par l'article 24a LDA.

1.1.6 Transfert des droits

Les droits d'auteur peuvent être librement cédés sans aucune nécessité de forme particulière,⁹⁰ néanmoins leur caractère immatériel implique quelques différences de traitement par rapport aux biens matériels.

L'article 16 al. 3 LDA distingue le transfert de propriété et le transfert des droits d'auteur. Le transfert de l'un n'implique pas forcément le transfert de l'autre.⁹¹ Raison pour laquelle la bonne foi de l'acquéreur traitant avec un vendeur qui n'est pas titulaire du droit en question n'est pas protégée.⁹²

Le transfert des droits patrimoniaux est entièrement libre tandis que les droits moraux de divulgation et à l'intégrité sont incessibles.

1.1.6.1 Théorie de la finalité (art. 16 al. 2 LDA)

Les utilisations des droit d'auteur peuvent être des plus diverses et variées. Ce qui implique que toute utilisation d'une œuvre doit être expressément prévue par un contrat et que lorsque rien n'est stipulé, le droit n'est pas touché.⁹³ La loi crée donc une présomption de cession limitée des droits. Les contrats portant sur les droits d'auteur doivent être interprétés au regard de ce principe.⁹⁴ En vertu de ce principe, c'est toujours l'interprétation qui touche le moins les droits d'auteur qui est privilégiée.

1.1.6.2 Les licences

La licence est un contrat innomé qui définit les conditions d'utilisation d'une œuvre entre un donneur de licence, titulaire du droit d'auteur, et un preneur de licence. Elle se distingue de la

⁸⁴ FF 2006 3263, p. 3302.

⁸⁵ Art.24 al. 3 LDA.

⁸⁶ Voir notamment Caduff, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Verräusserung von Computerprogrammen, p. 162.

⁸⁷ Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 272 ss.

⁸⁸ Art 24a LDA let. d.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p.63.

⁹¹ Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 109.

⁹² ATF 117 II 463.

⁹³ Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 281.

⁹⁴ Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 61.

cession qui, elle, transfère des droits exclusifs opposables à l'auteur.⁹⁵ En effet, le donneur de licence ne s'engage qu'à tolérer l'usage de l'œuvre fait par le preneur de licence⁹⁶ tout en restant titulaire des droits.

La licence est dite exclusive lorsque le preneur devient l'unique utilisateur autorisé de l'œuvre. L'obligation principale de ce dernier est le paiement de redevances.⁹⁷ Il doit en outre veiller au respect de l'intégrité de l'œuvre. De nombreuses autres clauses peuvent être librement convenues, comme le nombre d'unités reproduites, le moment de leur mise sur le marché, etc.

Un fournisseur de contenu, comme par exemple la plateforme *iTunes stores*, est au bénéfice de licences et n'est pas titulaire des droits d'auteur sur les œuvres proposées.

1.1.6.2.1 Licence obligatoire

L'unique disposition de la loi qui fait mention de licence concerne la licence obligatoire pour la confection de phonogrammes. Lorsqu'une œuvre musicale est mise sur le marché en Suisse sous forme de phonogramme, le titulaire des droits d'auteur est obligé de passer un accord avec tout autre producteur désireux de faire pareil. Ce dernier peut exiger que le titulaire lui concède un droit de reproduction et de mise en circulation, à savoir d'effectuer un enregistrement et de le mettre sur le marché.⁹⁸

Cette disposition n'est plus d'actualité et tire son origine de la convention de Berne révisée en 1908 qui créait la première exception aux droits d'auteur. Le but était de soutenir l'industrie naissante du phonogramme et, pour certains, témoigne d'un égard pour la Suisse et pour son secteur industriel de la boîte à musique⁹⁹, permettant au producteur suisse de reproduire les airs en vogue bien que créés à l'étranger. Il s'agit d'une disposition d'esprit nationaliste.¹⁰⁰ Elle n'a d'ailleurs jamais su trouver réelle application, puisque la gestion collective des droits la rend inutile.

Toutefois elle pose la question de la mise à disposition de l'œuvre pour tous. Vu les évolutions technologiques permettant une production et une mise sur le marché quasiment virtuelle, ainsi que le dogme grandissant de « l'homme connecté », pourrait-on exiger, sur le modèle de l'article 23 LDA, de recevoir une licence à des fins de reproduction sur un support accessible aux « non connectés » (ou non suffisamment) pour une œuvre uniquement disponible virtuellement ? La question n'est peut-être que théorique, mais l'existence d'un fossé technologique ne saurait être négligée dans le cadre de l'évolution future du droit.

1.1.7 Les mesures techniques et d'information sur le régime des droits

Les DRMS désignent l'ensemble des moyens technologiques gouvernant le processus d'exploitation autorisée des contenus numériques.¹⁰¹ Elles englobent deux notions distinctes qui sont : les informations sur le régime des droits et les mesures techniques de protection.

Les informations sur le régime des droits sont des tatouages numériques insérés à l'œuvre électronique afin de renseigner sur les droits d'auteur et leurs titulaires, qui permettent une gestion électronique des droits d'auteur.

Elles sont complétées par des mesures techniques qui visent à la protection anti-copies. L'idée est de protéger, par ce biais, directement l'œuvre en amont du réseau au lieu de poursuivre les infractions après coup.¹⁰²

⁹⁵ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 100.

⁹⁶ Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 65.

⁹⁷ Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 69.

⁹⁸ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 161.

⁹⁹ Dessemontet, *Le droit d'auteur*, p. 337.

¹⁰⁰ Dessemontet, *Le droit d'auteur*, p. 338.

¹⁰¹ Cavalli, *La gestion collective des droits d'auteur exploités sur Internet*, p. 195.

Dans les années nonante on pensait que ces moyens techniques résoudraient tous les problèmes liés aux violations des droits d'auteur sur Internet. On a alors très vite protégé ces dispositifs en droit international. La signature des WCT en décembre 1996 concrétise à son article 12 cet empressement généralisé.

Toutefois, de nos jours, cette technique est quasiment abandonnée dans le secteur de la musique en ligne. Les *majors*¹⁰³ ne la pratiquent plus et le public l'exècre. Il faut dire qu'elle n'a que très peu répondu à l'objectif de sa création, à savoir la gestion et la protection des droits d'auteur. En effet, les DRMS servent principalement d'outil commercial, afin de limiter la compatibilité entre concurrents, comme a su si bien en profiter l'entreprise *Apple* avec sa plateforme *iTunes* (qui fournissait des œuvres musicales uniquement lisibles avec ses lecteurs *iPod*).¹⁰⁴

Les DRMS sont notamment souvent utilisés pour limiter en nombre les possibilités de copies.¹⁰⁵ Toutefois ce procédé empêche certaines utilisations licites dont l'exception d'usage privé¹⁰⁶ et limite le consommateur dans ses habitudes. Ce dernier veut désormais pouvoir écouter ses fichiers tant sur son *smartphone* que sur son baladeur, son ordinateur ou dans sa voiture. Ces mesures restent toutefois d'actualité dans le domaine des logiciels, secteur qui ne connaît pas l'exception d'usage privé.

A noter que la loi a institué un observatoire des mesures techniques¹⁰⁷ (OMET) qui selon ses propres termes « ... a pour tâche d'examiner si l'utilisation d'une mesure technique entrave de manière injustifiée des utilisations licites. Dans un tel cas de figure, l'observatoire favorisera des solutions consensuelles en collaboration avec les parties concernées. »¹⁰⁸

1.2 Les sanctions

Dès lors qu'il y a propriété et droits, ces derniers peuvent être violés. Mais quelles sont les sanctions en vigueur à l'heure actuelle en Suisse ?

La particularité du droit d'auteur est que, vu l'absence de titre (comme en droit des brevets et en *common law*), il faut agir pour faire connaître son droit. A noter que le terme *copyright* ou encore le pictogramme © n'ont en Suisse aucune valeur autre qu'informatrice. Ils peuvent toutefois constituer des indices en cas de doute sur la titularité des droits.

La LDA prévoit un certain nombre d'actions spécifiques à disposition du lésé ainsi que des renvois aux dispositions générales du droit.

1.2.1 Identification du délinquant

Quand l'œuvre était encore principalement assimilée à son support tangible (par ex. CD ou cassette), identifier les contrevenants aux droits d'auteur ne posait pas de réelles difficultés. Désormais, l'œuvre est plus que jamais devenue immatérielle et le délinquant se cache au sein d'un réseau informatique complexe et globalisé.

¹⁰² Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 320 ss.

¹⁰³ Soit les trois plus grandes sociétés de l'industrie musicale : *Universal Music Group*, *Sony Music Entertainment* et *Warner Music Group*.

¹⁰⁴ Le Figaro.fr, *Apple, les 10 raisons d'un succès planétaire*, 27,05,2010 :

« http://recherche.lefigaro.fr/recherche/access/lefigaro_fr.php?archive=BszTm8dCk78atGCYonbyzkgvHcXhfb9jYH%2BSwRZWarMHd1u39uu2n5npMVzCC11Hu2IGtjAq08M%3D ».

¹⁰⁵ Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 323 s.

¹⁰⁶ De Werra, La protection juridique des contenus numériques et ses limites, p. 77 ss.

¹⁰⁷ Art. 39b LDA ; art. 16e ss. ODAu.

¹⁰⁸ Site Internet de l'OMET, l'OMET : « <http://www.btm.admin.ch/content/btm/fr/home/btm.html> ».

Mais la difficulté n'est pas seulement technique, les moyens et outils mis à disposition des autorités ne sont malheureusement pas à la hauteur de la tâche qui leur est assignée.

L'identification sur Internet se fait par le biais de l'adresse IP, soit le numéro attribué à chaque point d'accès sur le réseau. Actuellement ces adresses sont le plus souvent dynamiques afin de pallier à la pénurie de numéros d'adresse disponibles. Ainsi lorsque l'internaute est connecté, il n'aura pas forcément en permanence la même adresse IP. Le seul intermédiaire capable de connaître quel internaute avait à quel moment quelle adresse est le FAI.

1.2.1.1 Collecte d'adresses IP

La première étape nécessaire à la mise en œuvre des droits d'auteur sur Internet est l'identification des délinquants, donc la collecte des adresses IP impliquées dans des processus d'échanges illicites. Techniquement c'est tout à fait possible, toutefois c'est déjà à ce moment que survient le principal obstacle à l'identification des délinquants du web.

Dans un arrêt *Logistep* de septembre 2010,¹⁰⁹ le Tribunal fédéral, suivant les conclusions du Préposé fédéral à la protection des données, qualifie les adresses IP de « *données personnelles* » au sens de l'article 3 de la Loi sur la protection des données (LPD). L'activité de la société *Logistep AG* consistait en la surveillance, sur mandat des ayants droit, des réseaux *peer-to-peer*. Lorsqu'un échange illicite d'œuvre avait lieu, la société collectait les adresses IP, pour la plupart dynamiques, ainsi que d'autres informations sur les machines des internautes impliqués. Ces données étaient ensuite transmises aux ayants droit afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits à l'encontre des contrevenants. Le FAI étant le seul à pouvoir identifier les internautes derrière les adresses IP, les autorités pénales s'occupaient d'effectuer cette étape afin de déterminer l'identité des contrevenants après que les ayants droit aient porté plainte contre X.

Le TF a jugé ce procédé illicite sans toutefois procéder à une réelle pesée des intérêts en jeu, ne se déterminant nullement sur le caractère d'intérêt public que revêtent les droits d'auteur,¹¹⁰ bien qu'il soit douteux qu'une entreprise privée surveille les réseaux et collecte allégrement nombres de données sur les utilisateurs avant de les transmettre plus loin. Tout comme il est vrai que, payée à la commission, une entreprise de surveillance a prioritairement des intérêts économiques plutôt que le souci de la stricte application du droit.

Pourtant, c'est oublier que les mandants ont, eux, des intérêts légitimes et reconnus à la défense de leurs droits.

Ce qui est regrettable, vu l'importance que peut avoir cet arrêt sur la mise en œuvre des droits d'auteur, est que sans surveillance il est quasiment impossible d'avoir connaissance des infractions et donc de faire valoir ses droits.

Au final, tout cela est révélateur de l'état du réseau, à savoir un *far west* où en l'absence de sheriff ce sont des chasseurs de primes qui se confrontent aux desperados du web, les représentants de la Loi n'effectuant que des incursions ciblées, laissant la plupart du temps les habitants de cette étendue numérique aride démunis face aux hors-la-loi.

1.2.1.1.1 Relativité de l'adresse IP

Même lorsque l'adresse IP est connue, et par ce biais le titulaire de l'accès à Internet identifié, cela ne permet pas toujours de connaître l'identité du contrevenant. Il peut s'agir de n'importe qui ayant accès à ce point d'entrée au réseau. Tel est le cas d'un réseau public partagé par plusieurs ordinateurs ou d'un ordinateur partagé par plusieurs utilisateurs. Car il n'existe pas

¹⁰⁹ ATF 136 II 508.

¹¹⁰ Meier, *ATF 136 II 508*, JdT 2011 II p. 464 s.

de présomption que le titulaire de l'accès à Internet soit le contrevenant.¹¹¹ Il faut donc établir avec certitude l'identité du contrevenant, ce qui peut poser de réelles difficultés de preuve.

Ces problématiques doivent être prises en main par le législateur et non par les privés ou le juge. Il appartient à lui seul, comme le souligne le TF, de « ... *prendre les mesures nécessaires pour garantir une protection du droit d'auteur adaptée aux nouvelles technologies* »¹¹².

1.2.2 En droit civil

Les articles 61 et suivants de la LDA, contiennent quatre actions à disposition du titulaire des droits d'auteur ainsi qu'un renvoi aux actions générales du droit des obligations qui sont en l'occurrence prévues par les articles 41 ou 49 CO.

1.2.2.1 Action en constatation (art 61 al. 1 LDA)

Lorsque l'existence du droit d'auteur ou d'un rapport de droit est incertain, le titulaire de ce droit peut, si cette situation perdure à en devenir intolérable, requérir la reconnaissance et l'établissement de son droit. Tel sera le cas notamment lors de violations du droit d'auteur. Cette action a un caractère subsidiaire,¹¹³ et si le contrevenant reconnaît le titulaire des droits en question il n'y a plus d'intérêt légitime à poursuivre l'action.

1.2.2.2 Les actions en exécution (art. 62 LDA)

Contrairement à la formulation du titre de l'article 62 LDA dans la version française de la loi, il s'agit des actions en exécution au pluriel.¹¹⁴

Ces dernières sont l'action en prévention de troubles (62 al.1 let. a LDA), l'action en cessation du trouble (62 al.1 let. b LDA) et l'action en indication de la provenance des objets de contrefaçon (62 al.1 let. c LDA).

1.2.2.2.1 Qualité pour agir

Seuls les titulaires des droits d'auteur sont légitimés à agir. Lorsqu'un droit est cédé par un auteur, ce dernier ne peut plus s'en prévaloir. A l'inverse, le preneur de licence, vu le caractère obligationnel de cette dernière, ne peut agir que si elle est exclusive et si cela n'a pas été expressément exclu par le contrat de licence.¹¹⁵ Dans la pratique cette faculté lui est rarement conférée, le titulaire des droits préférant conserver la mainmise sur la protection et l'étendue de ses droits.¹¹⁶

Les droits moraux ne sont quant à eux invocables que par l'auteur lui-même.

1.2.2.3 Action en dommages et intérêts (art. 41 CO)

L'action en dommages et intérêts dans le domaine des droits d'auteur ne se distingue pas des autres actions en dommages et intérêts. Le demandeur doit prouver l'existence d'un dommage, l'illicéité du comportement du défendeur, le rapport de causalité entre le dommage et l'acte en question ainsi que la faute du défendeur.

¹¹¹ Vion, Droits d'auteur sur Internet : le cadre juridique actuel est-il suffisant ?, p. 8 s.

¹¹² ATF 136 II 509.

¹¹³ Arrêt du TF du 08.11.2002, 4C_290/2001.

¹¹⁴ Barrelet/Ergloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 339.

¹¹⁵ Barrelet/Ergloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 340 ; ATF 113 II 194.

¹¹⁶ Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, p. 67.

Outre la difficulté majeure d'identification de l'internaute,¹¹⁷ la premier obstacle réside dans la détermination du dommage et de son montant. Lorsque le téléchargement se fait gratuitement, la preuve du dommage est d'autant plus ardue. Le dommage se définit généralement comme l'addition des pertes subies et du gain manqué.¹¹⁸ Mais le titulaire des droits d'auteur dont l'œuvre est illicitement copiée sur Internet n'a pas subi de perte en soi. Son patrimoine n'a pas diminué et la « perte d'une chance » d'avoir pu vendre une œuvre n'est pas un dommage réparable en droit suisse.¹¹⁹

En revanche, il peut démontrer, avec les difficultés que cela implique, qu'il a subi un manque à gagner.¹²⁰ Ce dernier est le plus souvent du montant de la redevance¹²¹ ou alors le fruit d'un savant calcul de diminution de chiffre d'affaires ou de ventes.¹²² Vu la difficulté et le manque de fiabilité de la seconde méthode, les titulaires des droits, en l'occurrence la plupart du temps les sociétés de gestion, chiffrent le montant du dommage au double de la redevance en vigueur, pratique confirmée par le Tribunal fédéral.¹²³ Toutefois certains auteurs se posent la question de savoir si cette « indemnité forfaitaire » ne constitue pas des cas de surindemnisation.¹²⁴

Généralement, le dommage une fois établi implicitement, le rapport de causalité ne pose plus de difficultés.

La faute présuppose « *un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique* »¹²⁵. De par la multiplication des notices légales et autres mises en garde apposées sur les disques et autres supports, il est difficilement envisageable de retenir une absence de conscience de violation des droits d'auteur de la part du défendeur¹²⁶. De plus, il y a faute que l'acte soit commis intentionnellement ou par négligence.

1.2.2.3.1 Complicité

Le principal enjeu se situe au niveau des intermédiaires. En effet, sans plateforme ou logiciels de partage, le piratage n'est rien. L'article 50 CO sur la responsabilité plurale revêt dès lors une grande importance au vu de la profusion d'intermédiaires lors de la violation des droits d'auteur sur Internet. Selon cette disposition, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'auteur principal, l'instigateur et le complice, car tous favorisent la commission de l'acte illicite et répondent ainsi solidairement du dommage.

Dans certains cas la participation est déjà un délit en soi. Tel est le cas du complice qui n'aurait fait que mettre à disposition du contenu en ligne. Il viole en soi l'article 10 al. 2 let. c LDA et est punissable.

La difficulté réside dans le fait que tout échange de fichier est considéré comme licite jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, le gérant d'une plateforme d'échange en ligne sur laquelle sévirait de nombreux pirates pourrait argumenter que sa plateforme (ou son logiciel) sert tout aussi

¹¹⁷ Voir point 1.2.1.

¹¹⁸ Dessemontet, Le droit d'auteur, p.516.

¹¹⁹ ATF 133 III 462.

¹²⁰ Arrêt du TF du 20.09.2007, 4A_185/2007.

¹²¹ Barrelet/Ergloff, Le nouveau droit d'auteur, p. 345.

¹²² Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 519.

¹²³ ATF 124 III 370.

¹²⁴ Vion, Droit d'auteur sur Internet : le cadre juridique actuel est-il suffisant ?, p. 10.

¹²⁵ Gausch/Schluemp/Tercier, Partie générale du droit des obligations, p. 74 no. 72.

¹²⁶ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 522.

bien à des échanges licites et qu'on ne saurait interdire l'usage à ces derniers sous prétexte de certaines utilisations malintentionnées d'autres utilisateurs.¹²⁷

C'est d'ailleurs la solution retenue par un tribunal néerlandais dans l'affaire *Kazaa*¹²⁸, dans laquelle le fournisseur de ce programme *peer-to-peer* organisé de manière décentralisée (chaque utilisateur fait office de serveur) ne s'est pas vu condamné. Cette solution est critiquable, car il est de notoriété publique que ce genre de service sert au partage d'œuvres piratées et le fournisseur de tels outils ne saurait être de bonne foi en affirmant le contraire.

1.2.2.4 Action en réparation du tort moral (art. 49 CO)

L'action n'est admise qu'en cas d'atteinte grave (par ex. œuvre dénaturée de manière à porter atteinte à son auteur) et si l'auteur de l'atteinte n'a pas donné satisfaction autrement.¹²⁹ Cette disposition n'a que peu d'effet en pratique.

1.2.2.5 Action en remise du gain

L'article 62 alinéa 2 LDA renvoie aux dispositions du CO concernant la remise du gain, soit en l'occurrence de la gestion d'affaires imparfaite de l'article 423 CO.¹³⁰ Lorsque la gestion n'est pas effectuée dans l'intérêt du maître, en l'occurrence de l'auteur, ce dernier a droit à l'ensemble des recettes qui résultent de l'utilisation illicite de son œuvre. La faute de l'usurpateur tout comme l'existence d'un dommage ne sont pas nécessaires.¹³¹ Cependant, comme l'a précisé le Tribunal fédéral,¹³² l'usurpateur ne doit pas être de bonne foi. Il est en outre possible de faire valoir des prétentions en dommages et intérêts parallèlement à une action en remise du gain.¹³³

1.2.2.6 Prescription

Les délais ne diffèrent pas de la plupart des actions civiles.¹³⁴ Ce sont ceux de l'article 60 CO qui s'appliquent dans un contexte délictuel. A relever que l'action en constatation est, selon le Tribunal fédéral, imprescriptible.¹³⁵

1.2.3 En droit pénal

Les actions pénales des articles 67 et suivants LDA mettent en œuvre les droits d'auteur et en sanctionnent les violations. A ce titre leurs éléments constitutifs découlent des articles 9 à 11 LDA.¹³⁶ Ces dispositions pénales ont un caractère répressif le but étant de lutter contre le piratage et la contrefaçon.¹³⁷ Renforcées, en comparaison avec l'ancien droit, les sanctions sont la peine privative de liberté d'un an au plus ou l'amende. L'amende est plafonnée selon l'article 34 CP à un montant de 360 jours-amendes d'un montant maximum de 3000 francs.¹³⁸ Si l'auteur agit par métier, la peine privative de liberté peut être portée à cinq ans.¹³⁹

¹²⁷ Gilliéron, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 316.

¹²⁸ Arrêt de la cour suprême néerlandaise du 19.12.2003, LJN: AN7253.

¹²⁹ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 345.

¹³⁰ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 346.

¹³¹ Troller, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, p. 371.

¹³² Arrêt du TF du 17.07.2003, 4C_101/2003.

¹³³ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 346.

¹³⁴ Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 136.

¹³⁵ ATF 99 IV 50.

¹³⁶ Dessemontet, *Le droit d'auteur*, p. 556.

¹³⁷ FF 1989 III p. 549.

¹³⁸ Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, p. 362 ss.

¹³⁹ Art. 67 al. 2 LDA.

1.2.3.1 Conditions de la répression

Les conditions ne changent pas de celles du droit pénal commun, l'auteur doit avoir la conscience et la volonté (dol) de commettre l'infraction.¹⁴⁰

Dans le cas du coauteur il faut que les protagonistes partagent les tâches essentielles à la commission de l'infraction. Que l'acte n'ait été possible qu'avec la participation de tous les protagonistes. Ce qui inclut les actes commis par négligence.¹⁴¹ Quant au complice, il contribue à l'infraction par une participation certes accessoire mais sans laquelle les événements ne se seraient pas déroulés comme ils se sont effectivement déroulés. De plus, se rendre compte qu'une infraction est commise et laisser faire ou l'accepter constitue un acte de complicité.¹⁴²

Pour ce qui est de l'instigateur, il décide l'auteur principal à commettre une infraction. Il ne peut le faire qu'intentionnellement¹⁴³ et pour un cas concret. Ce dernier cas de figure est quasiment irréalisable dans les cas de violations des droits d'auteur sur Internet.

1.2.3.2 Punissabilité des médias (art. 28 CP)

L'article 28 CP sur la punissabilité des médias n'est pas relevant en matière de violation des droits d'auteur sur Internet. Bien que certains auteurs défendent le contraire,¹⁴⁴ Internet est un outil de communication (comme le téléphone par exemple) et ne saurait être considéré comme un média en tant que tel. On ne publie pas sur Internet directement, mais sur des sites ou des plateformes en ligne. Ce n'est qu'en cas de publication comme un média sur Internet, par exemple une version *online* d'un journal, que cette disposition s'appliquerait.¹⁴⁵

Seul l'auteur du contenu publié est responsable selon l'article 28 CP, toutefois il existe une responsabilité subsidiaire pour le responsable de la publication (art. 28 al. 2 CP).

1.2.3.3 Jurispudence

Dans l'arrêt 6B_645/2007, un animateur de forum s'est vu condamné pour avoir toléré la diffusion de contenu issu de mouvements terroristes islamistes dont de nombreuses vidéos montrant des exécutions sommaires. Reconnu coauteur et non complice, l'animateur souhaitait la diffusion du contenu. Plus généralement il avait fait sienne la volonté du publicateur en ne prenant aucune mesure alors qu'il connaissait le caractère illégal du contenu des posts.

Le TF a créé une sorte d'obligation de diligence de la part des exploitants de sites Internet. Bien que ce cas soit extrême il est tout à fait transposable au cas de l'exploitant d'une plateforme en ligne qui tolérerait ou qui encouragerait des violations des droits d'auteur dont il aurait connaissance.

Dans le même ordre d'idée, le cas du « téléphone rose » de l'ATF 121 IV 109 a vu le directeur des PTT condamné pour complicité pour avoir laissé perdurer un service illicite de « téléphone rose » par le biais du numéro 156. En effet quand bien même ce dernier avait été informé par le procureur du canton de Vaud d'agissements illicites et contraire aux mœurs, il les avait tolérés et laissé perdurer alors qu'il avait les moyens de s'en rendre compte et de prendre des mesures.

¹⁴⁰ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 555.

¹⁴¹ ATF 113 IV 58.

¹⁴² ATF 121 IV 109.

¹⁴³ Sträuli, art. 24 – 27 CP, p. 288 ss.

¹⁴⁴ Werly, article 28 CP, p. 336.

¹⁴⁵ Message concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire (droit pénal et procédure pénale des médias) du 17 juin 1996, FF 1996 IV 533, p. 558.

A la lueur de cet arrêt, il est possible de voir une responsabilité pour le fournisseur d'un service en ligne dont les utilisateurs violeraient les droits d'auteur et dont il aurait connaissance en ayant la possibilité de prendre des mesures.

Une analogie est aisément envisageable dans le cas d'un fournisseur d'hébergement, mais plus discutable pour le FAI. En effet ce dernier ne dispose pas du même contrôle sur le contenu que l'hébergeur.¹⁴⁶

Sur cette lancée, il faut citer un arrêt du TF de février 2011.¹⁴⁷ Dans cette affaire, les responsables d'un site Internet suisse fournissaient aux internautes des liens ainsi que des instructions permettant de télécharger des œuvres piratées dont des films et des logiciels. Le tribunal a reconnu des violations du droit d'auteur et le *webmaster* a été condamné pour complicité active de ces violations, de surcroît par métier, le site qu'il exploitait lui fournissant un revenu.

La situation est différente lorsque le fournisseur de liens est un moteur de recherche. En effet, les moteurs de recherche généralistes (par ex. *Google*) ont une fonction d'informateurs du réseau et revêtent une grande importance dans le fonctionnement de l'Internet. A ce titre, dès lors que leur algorithme de recherche est « robotisé » et donc neutre, leur responsabilité ne devrait pas être engagée.¹⁴⁸ C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle arrive un tribunal parisien dans une affaire *SNEP* de mai 2011¹⁴⁹ qui considère qu'il y a violation des droits d'auteur lorsque l'œuvre est effectivement téléchargée et non pas lorsqu'un lien est référencé.¹⁵⁰

1.2.3.4 Protection technologique

Certaines dispositions luttent contre la piraterie informatique en sanctionnant les atteintes techniques et les actes de piraterie en eux-mêmes.

Les articles 143 et 143bis CP répriment les actes de piratage. Ils ne protègent pas les droits d'auteur mais la soustraction de données informatiques par la pénétration de systèmes protégés.¹⁵¹ Ils ne seront de ce fait pas traités plus avant.

1.2.3.4.1 Violation des DRMS

L'article 69a LDA a introduit en 2008 des sanctions pénales en cas de violations des DRMS prévues aux articles 39a et 39c LDA. La loi réprime le contournement des mesures techniques ainsi que la fabrication, l'importation, la mise à disposition, etc., de moyens permettant le contournement. Toutefois ces dispositions ne sont pas applicables en cas d'utilisation licite.¹⁵²

Ainsi un consommateur peut contourner les mesures techniques qui empêchent un usage licite (usage privé, par exemple), bien qu'en théorie il n'ait pas accès aux moyens nécessaires pour le faire, le développement et la mise à disposition de ces derniers étant interdits.

La possibilité que les développements techniques outrepassent le droit est bien réelle. Il existe un risque que des motifs privés, et non pas la loi, délimitent l'étendue des possibilités d'utilisation d'une œuvre.¹⁵³

¹⁴⁶ Werly, Commentaire romand, p. 340.

¹⁴⁷ Arrêt du TF du 07.02.2011, 6B_757/2010.

¹⁴⁸ Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, p. 363.

¹⁴⁹ Cour d'appel de Paris Pôle, 3ème chambre, Arrêt du 03 mai 2011, SNEP / Google France, Google Inc.

¹⁵⁰ Widmer, Les « suggestions » de Google devant la justice jurassienne, p. 126.

¹⁵¹ De Werra, La protection juridique des contenus numériques et ses limites, p. 58.

¹⁵² Art. 39a al. 4 LDA.

¹⁵³ De Werra, La protection juridique des contenus numériques et ses limites, p. 83 s.

1.2.4 Loi sur la concurrence déloyale (LCD)

Même lorsque certains travaux ne sont pas protégés par le droit d'auteur, soit parce qu'ils ne sont pas des œuvres ou qu'ils sont tombés dans le domaine public, cela ne signifie pas qu'ils puissent être allégrement reproduits sans aucune limite. En effet, l'article 5 LCD interdit toute exploitation du travail d'autrui « *par simple commodité et sans participer à ses frais* »¹⁵⁴.

La lettre c en particulier, précise qu'est déloyal de : « *reprend(re) grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et (de) l'exploite(r) comme tel.* »¹⁵⁵

Tel est le cas d'un site Internet qui tout comme dans l'affaire française *Cadremploi vs. Keljob*¹⁵⁶ reprend à l'aide de logiciels « agrégateurs » les bases de données de sites concurrents.¹⁵⁷ Dans l'exemple cité il s'agissait d'offres d'emplois, mais rien n'empêche l'application par analogie de cette solution en cas de reprise d'œuvres musicales non protégées par la LDA.¹⁵⁸

1.2.5 En droit administratif

Les restrictions de droit administratif ne touchent pratiquement pas au domaine de l'œuvre sur Internet. La plupart ont trait aux œuvres sur support physique et à leur régime pour les douanes, raison pour laquelle je n'en traiterai pas dans le cadre du présent travail.

1.3 L'œuvre sur Internet, enjeux et mutations

A une mentalité du « tout gratuit », il faut opposer une réalité qui est celle de la valeur des biens et services proposés en ligne. Internet est un outil de communication dont le but est de transmettre des données et informations et ne constitue pas une fin en soi. Ce formidable outil de mise en réseau n'a de valeur et de raison d'être que grâce aux données qu'il véhicule. Contrairement au réseau lui-même, ces données ont une réalité et par là même un coût. Composer, enregistrer, produire, promouvoir et diffuser une œuvre implique de nombreux investissements, en temps et en moyens, notamment de la part de l'auteur, et est à la base de toute œuvre. Ce travail, à l'instar de tout autre, mérite salaire et considération. C'est ce que tente de réaliser le droit par le biais de la LDA et d'autres conventions internationales. L'illusion de la gratuité de l'outil ne doit pas cacher la valeur de l'œuvre. Ce n'est pas parce que les autoroutes sont « gratuites » en Suisse que l'on peut se servir dans la cargaison des camions qui y circulent.

Les législations en matière de droit d'auteur n'ont pendant longtemps pas eu à se préoccuper de la relation entre l'auteur et le consommateur. En effet, tant que le support de l'œuvre était physique, la diffusion ne pouvait se faire qu'avec la mise en œuvre de moyens, notamment logistiques, qui ne pouvaient être opérés (licitement ou non) que par des entreprises ou organisations considérables. Dès lors, les conflits se concentraient sur la relation entre l'auteur et le producteur ou l'éditeur.

La démocratisation de l'Internet à haut débit a permis de se passer, en partie, de ces intermédiaires. Une œuvre n'a plus besoin de support physique propre et peut se transmettre en un seul « clic » en n'importe quel point du globe connecté. Mais le facteur déterminant du

¹⁵⁴ IPI, Droits d'auteur et droits voisins, p. 4.

¹⁵⁵ Art. 5 let. c LCD.

¹⁵⁶ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3ème chambre, 1ère section, Jugement du 5.09.2001.

¹⁵⁷ De Werra, La protection des contenus numérique et ses limites, p. 55 s.

¹⁵⁸ La LDA étant en l'occurrence une *lex specialis*.

succès du téléchargement est la qualité de la reproduction. Cette dernière est désormais parfaite et ne justifie plus la prépondérance d'un support sur un autre.

Face à ces nouveaux défis, l'actuelle LDA, telle qu'appliquée, peine à endiguer le phénomène grandissant du piratage d'œuvres musicales en ligne.

1.4 Critique du système actuel

Bien que les Autorités fédérales se plaisent à démontrer le contraire, la situation juridique actuelle n'est pas suffisante pour protéger les droits d'auteur sur Internet. Certains parlementaires ont d'ailleurs sollicité le Conseil fédéral récemment sur des problématiques touchant aux auteurs et au sort de leurs œuvres sur Internet.¹⁵⁹

Sur le plan international, le danger existe pour la Suisse de se voir reprocher le non-respect de ses engagements internationaux. En passant sous silence l'intérêt public à la protection des droits d'auteur dans l'affaire *Logistep* ou en utilisant l'argument du peu d'importance financière des droits d'auteur pour la Suisse dans la réponse au postulat Savary, la Confédération ne reconnaît pas la propriété des ayants droit sur leurs œuvres, alors même qu'elle s'est engagée à garantir ces droits dans la Constitution ainsi que dans nombres de traités internationaux. Que les titulaires de ces droits soient suisses ou étrangers n'a aucune importance au regard des droits fondamentaux. Ce qui constitue assurément un risque d'entrer en contradiction avec les principes internationaux de réciprocité gouvernant le droit de la propriété intellectuelle.

L'exception d'usage privé, dès lors qu'il s'agit d'une utilisation de masse en ligne de l'œuvre, se situe-t-elle dans le cadre de « *l'usage normal* » de la Convention de Berne et des autres traités ? Se trouve-t-on encore dans les limites du « triple test » lorsque, comme c'est le cas actuellement, la copie privée s'effectue licitement depuis des sources pirates ?

Outre ces questions de fond, force est de constater que le marché de la copie pirate existe bel et bien et que la grande liberté dont dispose l'internaute ne va pas en direction d'une limitation de ce marché.¹⁶⁰ De surcroît, la majorité des logiciels et plateformes d'échange fonctionnent de manière à ce que l'internaute, même sans le savoir, télécharge bien souvent des œuvres à partir de son disque dur et viole par la même les droits de mise à disposition. Sans compter que les plateformes incitent à la mise à disposition d'œuvres en offrant un accès facilité au répertoire (piraté) à leurs utilisateurs les plus généreux.

Dans tous les cas on ne peut que regretter le manque d'implication de nos autorités dans les problématiques de sécurité et de respect du droit sur Internet. L'actuel laisser-aller ne représente pas seulement une atteinte aux droits des auteurs mais constitue aussi une menace, notamment en termes de protection des mineurs et de sécurité intérieure.¹⁶¹

¹⁵⁹ Postulat Recordon Luc 12.3326, 16.03.2012, Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des Internauts ; Postulat Savary Géraldine 10.3263, 19.03.2010, La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique? ; Postulat Glattli Balthasar 12.3173, 14.03.2012, Pour une juste indemnisation des artistes dans le respect de la sphère privée des usagers d'Internet ; Interpellation Mörgeli Christoph 12.3092, 07.03.2012, Gestion collective des droits d'auteur.

¹⁶⁰ De Werra, Téléchargements d'œuvres protégées: l'impunité maintenue?, p. 172.

¹⁶¹ Voir le rapport d'activité 2011 du SCOCI :

« <http://www.cybercrime.admin.ch/content/dam/data/kobik/Berichte/2008-12/rechenschaftsbericht-2011-f.pdf> ».

2. Situation à l'étranger, alternatives

Après avoir pris connaissance de la situation qui prévaut en Suisse et de la réponse du législateur et des autorités face au téléchargement d'œuvres musicales, il paraît judicieux de s'intéresser aux solutions les plus souvent envisagées et notamment à certains systèmes mis en place dans d'autres législations.

De la libéralisation pure et simple aux systèmes de contrôle et de répression, le panel à disposition du législateur est extrêmement varié.

Afin de limiter l'étendue de ce travail, je traiterai des exemples les plus évocateurs. Ainsi en est-il du système français de l'HADOPI qui est le modèle répressif le plus connu. Je traiterai aussi du projet législatif avorté américain SOPA avant de me pencher sur les alternatives les plus souvent citées que sont la licence globale, la gestion collective obligatoire et les différentes formes de mise à contribution des intermédiaires.

2.1 L'exemple allemand en bref

Extrêmement proche de ce que nous connaissons en matière de droit d'auteur, le système juridique allemand fait cependant quelques distinctions notables que je vais brièvement aborder.

La principale différence est la qualification de la source dans le régime de l'exception d'usage privé. En effet, la copie à usage privé n'est pas possible si la source est manifestement illicite.¹⁶² Ainsi il ne peut pas y avoir de copie privée si le téléchargement a lieu depuis une copie pirate ou une source manifestement sans droits.¹⁶³

La jurisprudence ne reconnaît en outre pas l'adresse IP dynamique comme une donnée personnelle,¹⁶⁴ tout comme il existe une prétention civile directe de renseignement à l'encontre des FAI de la part des titulaires de droits d'auteur.¹⁶⁵

2.2 Le système français HADOPI

Précurseur en matière de protection des droits d'auteur, la France s'est dotée d'un système sollicitant les intermédiaires du réseau, comprenant un volet répressif faisant figure de modèle. C'est en votant la loi Création et Internet¹⁶⁶ en juin 2009 que le gouvernement français a instauré la Haute autorité pour la défense des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI). Il s'agit d'une autorité publique indépendante mise en place depuis le premier janvier 2010 et qui a remplacé l'autorité de régulation des mesures techniques (ARMT).¹⁶⁷ Les FAI sont parties intégrantes du système dont les sanctions peuvent aller jusqu'à la résiliation de l'abonnement Internet.

La situation française en matière de droit d'auteur n'est pas tout à fait similaire à celle de la Suisse. Outre que la France dispose d'une longue tradition de défense des droits des auteurs, elle s'est toujours posée en porte-étendard de la culture francophone dont l'objectif est de la

¹⁶² Art. 53 UrhG.

¹⁶³ Fehlbaum, Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet, une autre approche, p. 856.

¹⁶⁴ Arrêt de la Cour fédérale de justice du 12.05.2010 dans la cause I ZR 121/08.

¹⁶⁵ Art. 101 UrhG.

¹⁶⁶ Loi no. 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

¹⁶⁷ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 10.

faire rayonner dans le monde. Sans oublier qu'une part non négligeable de son économie dépend de ce même secteur culturel.¹⁶⁸

2.2.1 Remarques sur le droit d'auteur français

Le droit d'auteur est principalement régi par le code de la propriété intellectuelle (CPI). Ce dernier reprend et codifie les lois spéciales telles que les lois HADOPI et DADVSI ainsi que les directives européennes telle que la directive sur le droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information.

Dans l'ensemble, le droit d'auteur français est tout à fait comparable à ce que connaît l'ordre juridique suisse, à la différence notable de chapitres entiers consacrés à la protection, au contrôle et à la sanction des infractions des droits d'auteur commis sur Internet. La mise en œuvre de certains de ces droits ne passe pas uniquement par les actions civiles et pénales, mais aussi par un canal administratif spécialisé qui sera traité plus en détail ci-après.

En ce qui concerne l'exception pour copie privée, l'article L122-5 CPI pose des exigences analogues au système suisse (œuvre divulguée, exclusion des logiciels), si ce n'est que la licéité de la source est exigée. A noter que la formulation de l'article, « *strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* » a obligé la jurisprudence à préciser l'étendue du cercle de personnes visées, et arrive désormais aux mêmes limitations qu'en droit suisse et confirme que fait encore partie de l'usage privé le cercle familial du copiste.¹⁶⁹

Elément ne touchant pas directement le droit d'auteur mais ayant une grande influence sur sa mise en œuvre sur Internet, l'adresse IP n'est pas considérée comme une donnée personnelle par la jurisprudence française. Pour cette dernière, la personne n'est pas directement identifiable par ce biais là.¹⁷⁰

Parmi les nombreuses dispositions traitant d'Internet et du partage en ligne que compte le CPI, il convient de relever celles qui ne trouvent pas d'équivalent dans le système juridique suisse ou qui sont parmi les plus significatives.

2.2.1.1 Obligations de surveillance de la connexion

Les articles L336-1 et suivants CPI introduisent des obligations de surveillance dans le domaine du téléchargement et du partage d'œuvres sur Internet inconnues du système suisse. En particulier l'article L336-3 CPI dispose que : « *La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.* »

Cette disposition introduit un devoir général de sécurisation de sa connexion à Internet pour chaque abonné.¹⁷¹ Dès lors, ce dernier doit non seulement s'abstenir de toute violation des droits d'auteur mais aussi prendre les mesures techniques nécessaires afin de prévenir toute infraction susceptible d'être commise par des tiers, tels que les autres membres de la famille

¹⁶⁸ Thiollière, Pourquoi Hadopi ?, p.96 s.

¹⁶⁹ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 301.

¹⁷⁰ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 456.

¹⁷¹ Benadou, The chase : The French Insight into « Three Strikes » System, p. 171.

ou ses employés, par le biais de sa connexion à Internet. Il y a responsabilité du fait d'autrui, l'abonné engageant sa responsabilité civile alors qu'il n'est pas forcément l'auteur des actes. Il n'engage toutefois pas sa responsabilité pénale mais encourt des peines complémentaires en cas de négligence de sa part.¹⁷²

2.2.1.2 Responsabilité des fournisseurs de logiciel

La fourniture de moyens favorisant la contrefaçon est sanctionnée par la loi. Et à ce titre, « (D')éditer, (de) mettre à la disposition du public ou (de) communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés » est interdite et sanctionnée par l'article L335-2-1 CPI. Que le logiciel en question puisse servir à des usages licites importe peu tant que son but est *manifestement* de favoriser la contrefaçon.¹⁷³

La même solution qu'en droit suisse est prévue en ce qui concerne les moyens de contournement ou d'effacement des DRMS.

2.2.2 La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)

2.2.2.1 Genèse

En 2006, la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) transpose dans l'ordre juridique français la directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁷⁴. Instituant notamment la protection des DRMS ainsi que l'ARMT, c'est durant l'élaboration de cette loi que naît pour la première fois le concept de « réponse pénale graduée » qui est la base du système HADOPI. Ce projet législatif instituait une incrimination spécifique pour les violations du droit d'auteur commises sur les réseaux *peer-to-peer*. Une distinction était opérée ensuite entre le téléchargement et la mise à disposition, variant ainsi les sanctions non seulement entre les violations en ligne ou non, mais entre deux catégories d'internautes.¹⁷⁵ Le traitement différencié entre le contrevenant physique et numérique a été jugé comme une inégalité devant la loi par le Conseil constitutionnel qui refusa ces dispositions.¹⁷⁶

Ce n'était que partie remise. En juillet 2007, la Ministre de la culture et de la communication Christine Albanel charge Denis Olivennes¹⁷⁷ d'«...une mission de réflexion et de concertation destinée à favoriser la conclusion d'un accord entre professionnels, permettant le développement d'offres légales attractives d'œuvres en ligne et dissuadant le téléchargement illégal de masse.»¹⁷⁸ Le rapport Olivennes¹⁷⁹ est rendu en novembre 2007 et pose les bases de réflexion du système que connaît actuellement la France. Il conclut notamment qu'il ne peut y avoir d'implication sérieuse de l'Etat et de mise en place d'un système d'annonce et de

¹⁷² Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 471.

¹⁷³ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 448.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ Vivant/Bruguière, Droit d'auteur, p. 736.

¹⁷⁶ Décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, no. 2006-540 DC.

¹⁷⁷ Alors directeur de la FNAC.

¹⁷⁸ culture.gouv.fr, La lettre de mission de Denis Olivennes :

« <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/lmOlivennes.pdf> ».

¹⁷⁹ Rapport au Ministre français de la culture et de la communication du 23.11.2007, Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux, mission confiée à Denis Olivennes.

surveillance que si les «...*professionnels des industries concernées s'engagent, en parallèle, d'abord à saisir les leviers déjà existants et à s'organiser dans ce but et ensuite à permettre une amélioration rapide des conditions de l'offre légale.*»¹⁸⁰ Ces conclusions sont immédiatement concrétisées par les accords de l'Elysée¹⁸¹ sur « *le développement et la protection des œuvres culturelles dans les nouveaux réseaux de communication* » dont les signataires ne sont autres que les sociétés de gestion, les grands groupes télévisuels et les syndicats d'auteurs. A partir de ce moment, tout s'enchaîne très rapidement, la voie est ouverte à la réalisation de la loi Création et Internet et à l'établissement d'une Haute autorité de surveillance.

La loi HADOPI (I), suite à une décision du Conseil constitutionnel¹⁸² du 22 octobre 2009, doit être complétée par une loi HADOPI II¹⁸³ qui est présentée le 28 octobre 2009. Dès lors plus rien ne s'oppose à son entrée en vigueur qui aura lieu le premier janvier 2010.

2.2.2.2 Organisation et missions de l'autorité

L'HADOPI se définit elle-même comme « *une institution exclusivement dédiée à la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Elle crée un précédent inédit propre à faire évoluer les débats et problèmes rencontrés par le droit d'auteur sur Internet.* »¹⁸⁴

Son activité est régie par le titre troisième du CPI et plus particulièrement à ses articles L331-12 à L331-37.

Elle est constituée de deux organes :

- le Collège, organe dirigeant composé de neuf membres et ;
- la Commission de protection des droits, organe autonome réunissant trois magistrats et dédiée au mécanisme de réponse graduée.

Outre la mission de veille dans le domaine des mesures techniques¹⁸⁵, héritée de l'ARMT et comparable au rôle de l'OMET dans le système suisse, elle dispose d'un pouvoir quasi juridictionnel puisqu'elle peut rendre des décisions, dont des sanctions pécuniaires et des astreintes.¹⁸⁶ L'HADOPI a pour mission de « *promouvoir le développement de l'offre légale et d'observer l'utilisation licite et illicite des œuvres sur Internet* »¹⁸⁷ ainsi que « *de protéger les œuvres à l'égard des atteintes aux droits qui leur sont attachés dans le cadre de la réponse graduée* »¹⁸⁸.

A relever encore que l'HADOPI dispose d'un budget de près de 11 millions d'euros par an.¹⁸⁹

2.2.2.2.1 Une autorité administrative indépendante

L'HADOPI est ce qui s'appelle en France une AAI, soit une autorité administrative indépendante ; « *une institution de l'État, chargée, en son nom, d'assurer la régulation de*

¹⁸⁰ Rapport Olivennes, p. 24.

¹⁸¹ Disponibles sur le site [legifrance.fr](http://www.hadopi.fr) :

« <http://www.hadopi.fr/download/sites/default/files/page/pdf/accordselysee.pdf> ».

¹⁸² Décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009, no. 2009-590 DC.

¹⁸³ Loi no. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

¹⁸⁴ Hadopi.fr, La haute autorité : « <http://www.hadopi.fr/la-haute-autorite/lhadopi-en-bref> ».

¹⁸⁵ Art. L331-31 ss. CPI.

¹⁸⁶ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 281.

¹⁸⁷ Art. L331-23 ss. CPI.

¹⁸⁸ Art. L331-24 ss. CPI.

¹⁸⁹ Chiffres du ministère de la Culture et de la Communication pour l'année 2012.

secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le Gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement. »¹⁹⁰

Ce type d'institution est né dans les années septante et a suivi depuis lors une croissance fulgurante.¹⁹¹ Le but est de confier des secteurs sensibles d'activité de l'Etat à des autorités soustraites des influences politiques, professionnelles et économiques.¹⁹² Elles sont « indépendantes » car elles ne s'intègrent pas dans la structure hiérarchique administrative classique et ne dépendent pas d'un ministre.

Le développement des AAI, s'inscrit dans une volonté de développer l'appareil démocratique en sortant de « l'emprise de l'appareil étatique » des secteurs sensibles afin d'adoucir l'image auprès du public de ces institutions, tout en assurant à l'Etat un contrôle effectif de ces secteurs.¹⁹³

Les pouvoirs dont disposent les nombreuses AAI que compte le système administratif français sont aussi variés qu'il existe d'autorités. Certaines, comme l'HADOPI, disposent parfois de larges pouvoirs de sanctions et font office de juge bien que n'appartenant pas au système judiciaire.¹⁹⁴ Bien souvent, les voies de recours sont du ressort du système judiciaire et non de l'autorité administrative.¹⁹⁵ Tel est le cas de l'HADOPI dont les décisions sont directement contrôlées par la Cour d'appel de Paris.

2.2.3 Sanctions

L'application des sanctions pénales, telles qu'elles étaient prévues par la loi à l'égard des internautes contrevenants aux droits d'auteur, est apparue dans la pratique disproportionnée. En effet, la plupart des cas, pris individuellement, n'étaient que d'une relative gravité, poussant les juges à se montrer débonnaires.¹⁹⁶ Pourtant, la généralisation de ces actes constituant une réelle menace à la création et aux auteurs, l'idée est venue de mettre en place des sanctions avant tout à but préventif et se voulant moins sévères que les sanctions traditionnellement envisagées.¹⁹⁷

Paradoxalement, vu le relatif laxisme qui prévalait avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, le système de l'HADOPI peut toutefois apparaître extrêmement répressif car il sanctionne des comportements qui auparavant restaient largement impunis. De plus, ce ne sont pas les sanctions civiles ou pénales qui font peur, mais bien les peines complémentaires, et tout spécialement la suspension de l'abonnement à Internet. Cette dernière a été dans un premier temps censurée par le Conseil constitutionnel avant d'être enfin effective par l'adoption de l'HADOPI II.

Initialement, l'ensemble des sanctions était du ressort de l'HADOPI, soit d'une autorité administrative. Toutefois, suite à l'opposition du Conseil constitutionnel, il faut désormais passer par le juge.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Définition du site officiel vie-publique.fr : « <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/organisation/etat/aai/qu-est-ce-qu-autorite-administrative-independante-aai.html> ».

¹⁹¹ Waline, Droit Administratif, p. 70.

¹⁹² Guédon, Les autorités administratives indépendantes, p. 7.

¹⁹³ Guédon, Les autorités administratives indépendantes, p. 24 s.

¹⁹⁴ Guédon, Les autorités administratives indépendantes, p. 22 ss.

¹⁹⁵ Waline, Droit administratif, p. 72.

¹⁹⁶ Les montants des amendes étaient faibles et les peines le plus souvent assorties du sursis.

¹⁹⁷ Vivant/Bruguière, Droit d'auteur, p. 739 s.

¹⁹⁸ Vivant/Bruguière, Droit d'auteur, p. 738.

2.2.3.1 Fonctionnement

Le fonctionnement de l'HADOPI se fonde sur la « réponse graduée »¹⁹⁹, mise en œuvre par la commission de protection des droits et qui se veut être « ... un dispositif pédagogique de rappel à la loi en trois étapes qui repose sur l'envoi de recommandations aux internautes. »²⁰⁰

Les agents assermentés ont une tâche primordiale dans le fonctionnement de la réponse graduée. Au titre de représentants des ayants droit et choisis parmi les syndicats professionnels, les sociétés de gestion ou le CNIL, ils sont habilités à constater les violations des droits d'auteur sur Internet. Ils sont agréés par le Ministre de la culture.²⁰¹

En pratique, tout commence par la constatation par les ayants droit de l'utilisation de l'accès à Internet d'un abonné à des fins de violation des droits d'auteur.

L'identification de l'abonné se fait par les agents assermentés qui ont le pouvoir de collecter les adresses IP et de les transmettre à l'HADOPI ou sur dénonciation par le Ministère public. Toutefois, seule l'HADOPI peut requérir du FAI l'identification de l'abonné.²⁰²

2.2.3.1.1 Première recommandation

A partir de là, l'HADOPI prend la première mesure à l'encontre de l'abonné pris en flagrant délit et lui envoie un simple courriel de recommandation. Bien qu'en réalité ce courriel soit directement envoyé par le FAI de l'abonné.

La première recommandation est une mise en garde et ne contient pas de sanctions. Son contenu est le suivant : Un rappel de l'obligation générale de surveillance de l'accès à Internet et une information, à ce titre, des moyens de sécurisation existants. La date et l'heure de la violation présumée aux droits d'auteur ainsi qu'une information sur les dangers de la copie pirate et une notice sur l'existence et l'étendue des différentes offres licites. Dès la première recommandation l'abonné a le droit de se faire entendre par l'HADOPI.²⁰³

2.2.3.1.2 Seconde recommandation

En cas de réitération d'actes de violation dans les six mois suivant l'envoi de la première recommandation, un courriel sensiblement identique au premier ainsi qu'une lettre recommandée sont envoyés à l'abonné.

2.2.3.1.3 Notification et sanctions

Si dans l'année suivant la seconde recommandation l'abonné persiste dans ses agissements, il reçoit une lettre recommandée l'informant qu'il est désormais passible de poursuites pénales. L'HADOPI, après délibération, décide alors de l'opportunité ou non de transmettre le dossier au juge.

Dans le projet initial, l'HADOPI disposait directement d'un pouvoir de sanction. Au gré des décisions constitutionnelles, l'HADOPI s'est vu amputée de ce pouvoir et ne peut désormais que dénoncer les abonnés au juge qui, seul, peut prendre des mesures à l'égard des abonnés ainsi que les sanctionner.²⁰⁴

¹⁹⁹ A ne pas confondre avec la « riposte graduée » mise en place par les états-majors de l'OTAN durant la guerre froide.

²⁰⁰ Hadopi.fr, Commission de protection des droits : présentation et missions :
« <http://www.hadopi.fr/la-haute-autorite/la-commission-de-protection-des-droits-presentation-et-missions> ».

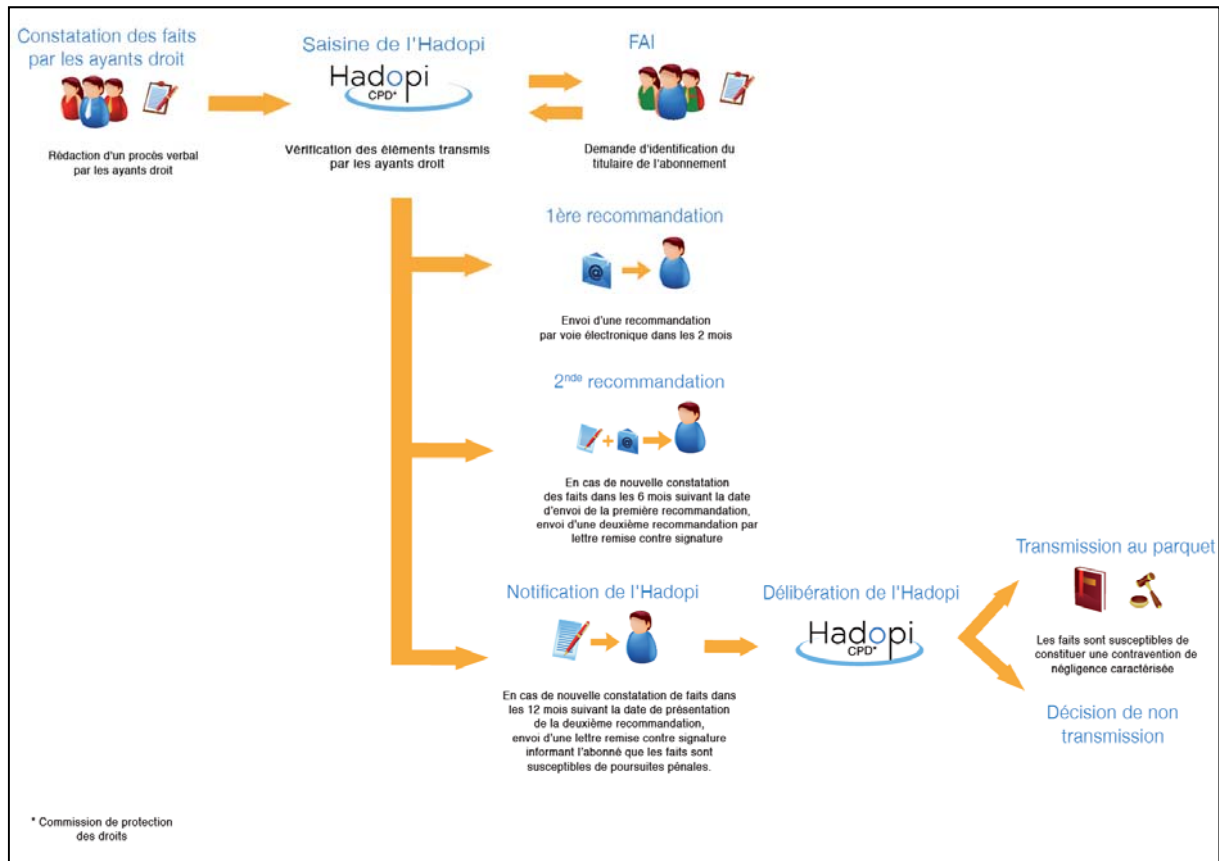
²⁰¹ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 454 s.

²⁰² Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 472 s.

²⁰³ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 473.

²⁰⁴ Thiollière, Pourquoi Hadopi ?, p. 98 s.

2.2.3.1.4 Schéma



Source : HADOPI

« <http://www.hadopi.fr/usages-responsables/nouvelles-libertes-nouvelles-responsabilites/reponse-graduee> »

2.2.3.2 Les sanctions

Les sanctions actuellement prévues sont des amendes allant jusqu'à 1'500 euros. Les voies de droit habituelles pour contrefaçon des articles L335-1 CPI et suivants sont toujours applicables, notamment pour les cas graves, et les peines prévues à cet égard sont l'amende jusqu'à 300'000 euros ou une peine pouvant aller jusqu'à trois ans prison.²⁰⁵

A ces peines peuvent s'ajouter la suspension de l'abonnement à Internet qui est une peine complémentaire prévue par l'article L335-7 CPI. Elle est prononcée en plus des sanctions pour les actes de contrefaçons visés par la loi.

En cas de « *négligence caractérisée* » au devoir de sécuriser sa connexion Internet, l'abonné, après avoir été dûment averti par le biais des recommandations, peut être condamné à une suspension de sa connexion à Internet pour une durée maximale d'un mois.²⁰⁶ La condamnation se fait via une ordonnance pénale de condamnation qui est susceptible d'opposition. En cas de services multiples (téléphonie, télévision et Internet), seule la connexion à Internet est suspendue à l'exclusion des autres.²⁰⁷ Ce système requiert la pleine participation des FAI qui, d'ailleurs, risquent eux-mêmes des sanctions en cas de non-respect

²⁰⁵ Art. L335-2 CPI.

²⁰⁶ Art. L335-7-1 CPI.

²⁰⁷ Caron, Droit d'auteur et droits voisins, p. 475.

des décisions de suspension d'abonnement et ne peuvent conclure de nouvel abonnement avec des personnes interdites.

Le projet initial prévoyait un panel de sanctions qu'il convient de relever. La sanction était la suspension de l'abonnement à Internet pour une durée d'un mois à un an. Cette mesure pouvait être atténuée par une transaction entre l'abonné et l'autorité, notamment par la mise en place d'un système de sécurisation empêchant des violations futures. Dans tous les cas, l'abonné pouvait être libéré de toute responsabilité en prouvant avoir pris toutes les mesures efficaces nécessaires à sécuriser sa connexion ou en cas d'action frauduleuse d'un tiers dont il n'aurait pas été responsable.²⁰⁸

2.2.3.3 Les labels

Afin de renforcer la légitimité du système HADOPI, de favoriser les offres licites de musique en ligne et plus généralement d'aider l'internaute dans le maquis d'Internet, l'HADOPI a mis en place différents labels.²⁰⁹ Le label *PUR* est attribué à certaines plateformes²¹⁰ afin de permettre d'identifier clairement le caractère licite des offres musicales en ligne.²¹¹ Dans un avenir proche, un autre label permettra de connaître les moyens de sécurisation informatique les plus efficaces et qui répondent à des objectifs de sécurité et d'usage appelés "spécifications fonctionnelles".²¹²

2.2.4 Bilan

Après bientôt deux ans de fonctionnement le bilan est dans l'ensemble positif. Le rapport officiel « *Hadopi 1 an ½ après son lancement* »²¹³ se félicite des succès acquis durant cette période, notamment du faible taux de récurrence des internautes prévenus par les courriers de mise en garde, et de la diminution notable de l'usage illicite des réseaux *peer-to-peer*. En effet, selon ce rapport, « *95% des personnes ayant reçu une première recommandation ne se voient pas reprocher de nouveau comportement de consommation illicite sur les réseaux pair-à-pair. 92% des personnes ayant reçu une deuxième recommandation sont dans la même situation (pas de nouveau comportement illicite constaté dans les délais prévus par la Loi). 98% des personnes ayant reçu une troisième recommandation sont dans la même situation* ». ²¹⁴ Tout comme, quelle que soit la méthode statistique utilisée, un recul de la mise à disposition de fichiers sur les réseaux *peer-to-peer* a été enregistré.²¹⁵ Toutefois, comme l'a relevé le Figaro,²¹⁶ le succès de l'offre légale mis en avant par l'HADOPI est en réalité moindre car le recours au téléchargement direct et au *streaming* a, selon certains analystes,

²⁰⁸ Vivant/Bruglière, Droit d'auteur, p. 738.

²⁰⁹ Thiollière, Pourquoi Hadopi ?, p. 98.

²¹⁰ Dont la liste complète se trouve sur le site Internet : « www.pur.fr ».

²¹¹ Art. 331-23 CPI.

²¹² HADOPI.fr, *Spécifications fonctionnelles des moyens de sécurisation et considérations organisationnelles* :
« http://labs.hadopi.fr/sites/default/files/Specifications_fonctionnelles_MS_v2011-04_pour_contributions_FR.pdf ».

²¹³ Disponible sur le site Internet de l'HADOPI : « hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/note17.pdf ».

²¹⁴ Rapport Hadopi, 1 an ½ après son lancement, p. 6.

²¹⁵ Rapport Hadopi, 1 an ½ après son lancement, p. 3.

²¹⁶ Le Figaro.fr, *Le bilan contrasté de l'action de l'Hadopi*, 27.03.2012 :
« http://recherche.lefigaro.fr/recherche/access/lefigaro_fr.php?archive=BszTm8dCk78atGCYonbyzrh1%2FLXDf5Cl0eTS9z6HoAEHd1u39uu2nwaEOldyiP%2F4u2IGtjAq08M%3D ».

progressé. Malgré cela, le bilan reste positif et les efforts salués unanimement,²¹⁷ l'offre légale française est certes en faible hausse, mais sa progression est plus marquée que chez ses voisins.²¹⁸ Il est à signaler que l'HADOPI n'a pas pour secteur de compétence les sites de téléchargement direct ou de *streaming*, l'ajout de ces deux secteurs à son cahier des charges est actuellement à l'étude.²¹⁹ De plus, le report massif des téléchargements illicites sur les réseaux *peer-to-peer*, suite à la fermeture par les autorités américaines de la plateforme de téléchargement direct *megaupload*, n'a pas eu lieu.²²⁰ Selon l'HADOPI, une hausse de plus de 25% du recours aux offres licites a même pu être constatée à cette occasion.²²¹

Grâce à la mission de surveillance des réseaux de l'HADOPI, la France dispose de statistiques complètes, fiables et régulières sur l'ampleur des phénomènes de téléchargement et d'échanges d'œuvres sur Internet. Ce qui en fait un outil de choix dans la réflexion sur de futurs moyens de luttres contre la piraterie en ligne et renforce sa légitimité face aux partisans de sa suppression.

2.2.4.1 Avenir

Le modèle proposé par l'HADOPI est toujours cité en exemple, autant par ses détracteurs que par ses partisans. Il constitue actuellement le seul modèle de lutte efficace contre le partage *peer-to-peer*.²²² D'ailleurs, des institutions similaires sont en cours d'implantation dans divers pays ou alors même déjà opérationnels. C'est le cas notamment de la Corée-du-Sud et de Taiwan.²²³

Ouvertement critiqué pour son côté répressif, l'HADOPI ne fait pas l'unanimité en France. D'ailleurs l'unique candidat à la récente élection présidentielle française à s'être positionné pour le maintien de l'HADOPI était le président sortant Nicolas Sarkozy.²²⁴ Son rival - élu le 6 mai dernier - François Hollande, était quant à lui, favorable au remplacement de la loi HADOPI « *par une grande loi signant l'acte 2 de l'exception culturelle, qui défendra à la fois les droits des créateurs, parce que nous avons besoin de créateurs et de production, et un accès aux œuvres par Internet* »²²⁵. Vaste projet qui ne renseigne aucunement sur le futur de la protection du droit d'auteur en France. Cette position imprécise peut d'autant plus inquiéter que l'opposition farouche au système actuel est présente dans un très large spectre politique. Les alliés politiques du candidat Hollande ont notamment évoqué à de nombreuses reprises les solutions de licence globale et très largement fait cas des libertés des internautes. Bien que personne ne sache pour l'heure de quoi sera fait le futur de l'HADOPI, son avenir semble

²¹⁷ Le Monde.fr, *L'offre légale, nouveau chantier de la Hadopi*, 29.09.2011 :

« http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/09/29/l-offre-legale-nouveau-chantier-de-la-hadopi_1580116_651865.html ».

²¹⁸ L'Express.fr, *L'Hadopi jouera son avenir en 2012*, 29.09.2011 : « http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/l-hadopi-jouera-son-avenir-en-2012_263447.html ».

²¹⁹ HADOPI, communiqué de presse, « *streaming* » et *téléchargement direct de contenus illicites : l'Hadopi s'engage dans une nouvelle étape de sa mission de protection des droits*, 25.11.2012.

²²⁰ Le Figaro.fr, *Le streaming illégal n'a pas digéré l'arrêt de Megaupload*, 26.04.2012 :

« <http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/04/26/01007-20120426ARTFIG00726-le-streaming-illegal-n-a-pas-digere-l-arret-de-megaupload.php> ».

²²¹ HADOPI, Note d'information, *Analyse de l'impact de la fermeture de MegaUpload : +25,7% d'audience pour les plateformes de Catch-Up TV et de VOD*, Paris, le 7 mars 2012.

²²² Benabou, *The Chase : The French Insight into « Three Strikes » System*, p. 164.

²²³ Strowel, *The « Graduated Response » in France*, p. 129 s.

²²⁴ Le Figaro.fr, comparateur des candidats, *Faut-il supprimer la loi Hadopi ?* : « <http://elections.lefigaro.fr/comparateur-programmes/> ».

²²⁵ Le Figaro.fr, citant le candidat lors d'un meeting au Bourget le 22.01.2012 : « <http://elections.lefigaro.fr/comparateur-programmes/> ».

cependant assuré jusqu'à juin 2013. L'unique certitude est que le nouveau Président français souhaite poursuivre la lutte contre la diffusion illégale d'œuvres sur Internet.²²⁶

2.2.5 Problématique soulevée : concurrence entre droits fondamentaux

La propriété est garantie comme un droit fondamental en France comme en Suisse. A ce titre, la propriété intellectuelle et le droit d'auteur²²⁷ bénéficient de cette protection.²²⁸ Mais ce droit peut entrer en concurrence avec d'autres droits fondamentaux comme l'ont montré les passages des différents projets HADOPI devant le Conseil constitutionnel.

L'idée que le droit d'auteur puisse être concurrent des libertés d'expression et d'information n'est pas nouvelle. Et les législations en la matière sont le fruit d'un équilibre entre ces différents droits et intègrent des soupapes de sûreté.²²⁹ Mais l'accès à Internet est-il couvert par un droit fondamental ?

Le Conseil constitutionnel dans sa décision à propos du projet HADOPI (I)²³⁰ s'est prononcé comme suit :

« ...en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ».

Dès lors toute restriction à ce droit implique une judicieuse pesée des intérêts en présence tout en gardant à l'esprit qu'« *il est loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur Internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer* » Suite à cette décision, et au vu des intérêts majeurs en présence, la suspension de la connexion à Internet a été réduite et ne peut être mise en œuvre que par une autorité judiciaire et non plus seulement par voie administrative.

Afin de relativiser l'approche adoptée par le Conseil constitutionnel et la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux,²³¹ la sanction de suspension de la connexion à Internet peut être comparée à la sanction administrative de retrait du permis de conduire.²³² Dans les deux cas, il s'agit d'une limitation aux libertés individuelles mais leur portée n'est toutefois pas la même. L'abonné dont on suspend l'abonnement n'est pas privé d'Internet, mais uniquement de sa connexion. Tandis que le conducteur dont le permis est retiré, lui, ne peut plus conduire quel que soit le lieu, le motif ou le véhicule. L'atteinte est donc bien moindre pour l'internaute qui peut continuer à consulter ses courriels chez son voisin ou à son travail et continuer à *twitter* via n'importe quel point d'accès public à Internet.²³³ La mesure de suspension de la connexion à Internet apparaît, dès lors, plus comme une atteinte au confort personnel de l'abonné et à ses habitudes de consommation qu'à une réelle atteinte à ses droits fondamentaux. C'est toutefois cette mesure qui fait le plus trembler les internautes à l'heure actuelle.

Cette sensibilité accrue du public doit inviter les autorités à la plus grande prudence au moment de légiférer en la matière.

²²⁶ L'Express.fr, *Les chantiers numériques qui attendent François Hollande*, 07.05.2012 : « http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/les-chantiers-numeriques-qui-attendent-francois-hollande_293628.html ».

²²⁷ Décision du Conseil constitutionnel du 27.07.2006, no. 2006-540 DC.

²²⁸ Vivant/Bruguière, *Droit d'auteur*, p. 36 s.

²²⁹ Strowel/Tulkens, *Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur*, p. 19 s.

²³⁰ Décision du Conseil constitutionnel du 10.06.2009, no. 2009-580 DC.

²³¹ Strowel, *The « Graduated Response » in France*, p. 154 ss.

²³² Vivant/Bruguière, *Droit d'auteur*, p. 739.

²³³ Strowel, *The « Graduated Response » in France*, p. 157 s.

2.3 Le copyright law américain et le projet SOPA

La situation aux Etats-Unis diffère sensiblement de celle que connaît la Suisse. En effet, l'industrie du divertissement est un acteur économique majeur et les industries musicales et cinématographiques, avec un chiffre d'affaires annuel de plusieurs dizaines de milliards de dollars, sont les plus importantes au monde.²³⁴ Les intérêts économiques en jeu sont donc primordiaux et des plus sensibles. Il s'agit en outre d'un ordre juridique issu de la tradition du *common law* et qui a une autre approche du droit, et du droit d'auteur dans ce cas précis.

Les Etats-Unis semblent privilégier une approche unilatérale comme le démontre les projets législatifs avortés SOPA et PIPA que j'évoquerai pour leurs solutions innovantes.

2.3.1 Le copyright law

Aux Etats-Unis on ne parle pas de droit d'auteur mais de *copyright law* (ou *copyright*).²³⁵ Cette approche issue du *common law* est souvent présentée en opposition au droit d'auteur tel que le connaît le droit continental. Le *copyright* ne traite que de l'œuvre et des aspects patrimoniaux liés à cette dernière. Mais avec la multiplication des traités internationaux, ainsi que les influences réciproques du droit anglais et du droit continental, les différences ont tendance à se niveler bien que quelques distinctions fondamentales subsistent malgré tout.²³⁶

La protection de la propriété intellectuelle trouve son origine dans la Constitution américaine de 1789. L'article 1, section 8 donne explicitement le mandat au Congrès de : « ...*promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries* ». ²³⁷ Depuis lors, cette notion a été étendue par la Cour suprême à « ... *toutes les formes possibles... par lesquelles les idées provenant d'un auteur reçoivent une expression visible* » ²³⁸. L'ensemble des travaux législatifs qui concrétisent ce mandat constitutionnel se trouve dans le titre 17 du *United States Code* (17 USC). Ce dernier est disponible électroniquement à l'adresse : « <http://www.copyright.gov/title17/> »

2.3.1.1 Principales distinctions avec le droit d'auteur

Les principales distinctions entre le droit d'auteur et le *copyright law* sont au nombre de trois.

2.3.1.1.1 Titularité des droits

Le droit d'auteur ne reconnaît la titularité des droits d'auteur qu'aux personnes physiques, tandis que les *copyrights* peuvent appartenir aux personnes morales. De plus, lorsque l'œuvre est la création d'un employé (ce qui est souvent le cas), par une fiction juridique, elle est supposée être la création de l'employeur qui sera titulaire originel des *copyrights*.²³⁹ Dès lors la distinction entre l'auteur et le titulaire des *copyrights* est accrue, l'auteur pouvant être totalement exclu du régime des *copyrights*.

²³⁴ Généralement il se dit que ce secteur de l'économie représente 60% des exportations et que le piratage et la contrefaçon constituerait un manque à gagner de 100 milliards de dollars pour l'économie américaine : « http://judiciary.house.gov/issues/issues_RogueWebsites.html ».

²³⁵ Afin d'éviter les confusions les droits d'auteur issus du *copyright law* seront appelés *copyrights*.

²³⁶ Vivant/Bruguière, Droit d'auteur, p. 22.

²³⁷ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 1.

²³⁸ Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 19 s.

²³⁹ Colombet, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, p. 35.

2.3.1.1.2 Absence de droits moraux

Une différence de taille est l'absence de la reconnaissance des droits moraux par le *copyright law*. Malgré leur adhésion à la convention de Berne, en 1989, et l'émergence d'un mouvement dans les années quatre-vingt en faveur de l'intégration dans leur législation de ce qui s'est traduit dans le langage juridique anglo-saxon par « *moral rights* »²⁴⁰, les Etats-Unis n'ont jamais mis en pratique l'article 6bis de la convention de Berne et aucune transposition n'est à l'ordre du jour.²⁴¹ Cependant, la jurisprudence reconnaît des droits aux auteurs et ce indépendamment des droits des titulaires des *copyrights*. Ainsi, sont notamment protégés les droits de paternité et de divulgation.²⁴² Depuis 1990, le Visual Artists Right Act²⁴³ (VARA) introduit dans la loi²⁴⁴ certains droits pour les auteurs des arts visuels ; droits indépendants de ceux du titulaire des *copyrights*. Dans le même élan, certains Etats, dont les exemples les plus parlants sont New-York et la Californie, ont introduit de véritables droits moraux dans leurs législations.²⁴⁵ Les Etats-Unis restent cependant en retrait en comparaison avec les autres pays du *common law*. Tant l'Australie que l'Angleterre ont inclus à leur *copyright law* des dispositions sur les *moral rights*.²⁴⁶

Cette différence peut vite devenir un sujet sensible, notamment lors de négociations internationales, puisque les pays dits « latins » considèrent les droits moraux comme une composante essentielle du droit d'auteur, alors que les pays issus du *copyright law* ne voient pas d'un très bon œil une modification substantielle de leur droit. Bien que l'approche soit différente et que les droits moraux ne fassent pas formellement partie du *copyright law* américain, les décisions de justice n'en restent pas moins extrêmement proches quel que soit le côté de l'Atlantique où siège le Tribunal.²⁴⁷

2.3.1.1.3 Enregistrement des œuvres

Jusqu'à l'adhésion des Etats-Unis à la convention de Berne, la naissance du *copyright* était soumise à des formalités constitutives, à savoir : l'enregistrement de l'œuvre au *Copyright office*, le dépôt de deux copies « *of the best edition* »²⁴⁸ à la bibliothèque du Congrès ainsi que la mention sur l'œuvre produite du titulaire des droits et de l'année de cette réserve, le tout précédé des termes « *Copyright* », « *Copr.* » ou du symbole ©.²⁴⁹

Afin de répondre à ses obligations internationales, en l'occurrence à l'article 5 alinéa 2 CB, les Etats-Unis ne soumettent plus que les créations indigènes à l'obligation d'enregistrement, le droit prenant désormais naissance à la création de l'œuvre. Toutefois, cette obligation est restée ancrée dans le système procédural américain, les actions pour transgression des *copyrights* n'étant possibles que lorsque l'œuvre est enregistrée.²⁵⁰ Bien que cette règle soit en réalité quelque peu atténuée, il n'en reste pas moins que l'étendue des réparations, ainsi que de certains frais, sont moindre lorsque l'œuvre n'est pas enregistrée²⁵¹. De plus, la présomption de paternité des *copyrights* ne vaut que pour les œuvres enregistrées.²⁵² Dans ces

²⁴⁰ Strowel, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, p. 538.

²⁴¹ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, 109 s.

²⁴² Colombet, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, p. 38.

²⁴³ Visual Artists Right Act, 101st Congress, public law no. 101-650.

²⁴⁴ 17 USC sect. 106A.

²⁴⁵ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 114 s.

²⁴⁶ Sundara Rajan, Moral Rights, p. 119 ss.

²⁴⁷ Strowel, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, p. 29.

²⁴⁸ 17 USC sect. 407.

²⁴⁹ Strowel, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, p. 299 ss.

²⁵⁰ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 46 s.

²⁵¹ 17 USC sect. 412.

²⁵² Strowel, Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, p. 304 s.

conditions, bien que l'enregistrement ne soit pas requis pour les œuvres étrangères, il est toutefois conseillé de les enregistrer auprès du *Copyright office*.²⁵³

2.3.1.2 « Fair Use »

Le *fair use*, ou « usage loyal » de l'œuvre, est la principale exception aux *copyrights* que connaisse le droit américain, comme l'est l'exception d'usage privé de l'article 19 dans la LDA. A l'origine, exclusivement issue de la jurisprudence, cette exception a été codifiée par le *Copyright Act* de 1976²⁵⁴ et l'introduction d'une section 107 au titre 17 USC en est désormais la principale source.²⁵⁵

Conçu comme la soupape de sécurité du *copyright*, le *fair use* est une pesée des intérêts effectuée entre le strict respect du titre de protection et la non-application de ce dernier. Le *fair use* est accordé lorsque la non-application du titre de protection est mieux à même de remplir le mandat constitutionnel.²⁵⁶ La section 107 USC est rédigée en termes extrêmement généraux et donne les critères dont doit tenir compte le juge au moment d'accorder ou non l'exception pour *fair use*.²⁵⁷ Ces derniers sont : L'usage commercial ou non, la nature de l'œuvre, le montant de l'atteinte puis, le principal, l'impact économique de l'utilisation. Précisés par la jurisprudence,²⁵⁸ les usages et leur étendue sont comparables à ce que connaît l'ordre juridique suisse. La solution retenue pour les logiciels est la même que celle trouvée par le législateur suisse, à savoir qu'ils ne bénéficient pas de l'exception d'usage loyal ou uniquement pour une copie de sauvegarde.²⁵⁹

2.3.2 Mise en œuvre et sanctions

Tout bien considéré, les solutions des juridictions américaines ne s'écartent pas sensiblement de celles de notre ordre juridique. Les différences les plus frappantes sont dues aux distinctions avec le droit d'auteur présentées ci-dessus ou alors inhérentes aux conceptions juridiques du *common law* et de l'organisation judiciaire différente que connaissent les deux pays.

2.3.2.1 Eléments de procédure

Le système procédural américain emprunte des voies que le juriste continental ignore ; aussi je vous recommande la lecture des ouvrages cités en référence pour un complément d'information. Les éléments qui suivent sont donnés en guise d'introduction²⁶⁰.

Petite subtilité procédurale, l'enregistrement de l'œuvre est en principe un prérequis à toute action en violation des *copyrights*, à l'exception des œuvres publiées en premier lieu dans un pays membre de la convention de Berne autre que les Etats-Unis. Bien qu'il reste possible de faire valoir ses prétentions avec des désavantages procéduraux,²⁶¹ il appartient au demandeur de prouver que l'œuvre a été contrefaite et d'établir que le défendeur aurait dû savoir que l'œuvre en question était protégée par le *copyright*.²⁶²

²⁵³ Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 148.

²⁵⁴ Copyright Act of 1976, 94th Congress, public law no. 94-533.

²⁵⁵ Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 204.

²⁵⁶ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 117.

²⁵⁷ Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 209 s.

²⁵⁸ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 124 ss.

²⁵⁹ 17 USC, sect. 117.

²⁶⁰ Lamoureux/Baron/Stewart, Intellectual Property Law & Interactive Media, Free for a Fee, p. 17 ss. et Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 256 s.

²⁶¹ Halpern/Nard/Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, p. 144 s.

²⁶² Baudel, La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur, p. 257.

Toutes les infractions aux *copyrights* relevant du *Copyright Act* sont en principe de la compétence exclusive des tribunaux fédéraux.²⁶³ Lorsqu'une action se base principalement sur un autre droit (concurrence déloyale ou violation d'une clause contractuelle, par exemple), les tribunaux de districts sont compétents.²⁶⁴

A relever que les actions civiles se prescrivent par trois ans tandis que les actions pénales se prescrivent par cinq ans.²⁶⁵

2.3.2.2 Sanctions

Les quatre actions pénales sont définies à la section 506 du titre 17 USC²⁶⁶ qui renvoie aux sanctions prévues à la section 2319 du titre 18 USC. Ces dernières sont potentiellement extrêmement lourdes. Les peines sont catégorisées en fonction de la gravité de l'atteinte soit, en l'espèce, de la valeur marchande de l'œuvre. En cas de récidive les peines d'emprisonnement peuvent aller jusqu'à dix ans de prison et l'amende, dans certains cas, s'élever jusqu'à 250'000 dollars.²⁶⁷

Sur le plan civil, l'ayant droit peut, à titre de réparation, demander à la cour la pleine compensation de son dommage ainsi que les profits réalisés par le contrevenant ou alors demander des *statutory damages*.²⁶⁸

Les *statutory damages* sont des montants forfaitaires de dommages et sont alloués pour chaque violation des *copyrights* sur une œuvre prise individuellement. Ils sont généralement d'un montant se situant entre 750 et 30'000 dollars.²⁶⁹ Toutefois, en cas de violation multiple, les montants alloués par la cour peuvent s'additionner et prendre des proportions astronomiques. Ainsi, dans le cas d'une série télévisée diffusée illicitement, le montant des dommages s'est élevé à neuf millions de dollars à titre de dommages statutaires.²⁷⁰

En cas de violation « délibérée » (*willfully*) le montant de chaque violation peut atteindre jusqu'à 150'000 dollars.²⁷¹ Est une violation *délibérée*, la violation en pleine connaissance du caractère illicite de l'acte visé.²⁷²

2.3.3 Le projet SOPA

Face au phénomène globalisé de la violation des biens de la propriété intellectuelle sur Internet, les Etats-Unis ont tenté, avec le projet SOPA, une approche unilatérale et nationale du problème. Devant la quasi impunité dont jouissent les fournisseurs en ligne de contenu illicite et de services contrefaits qui opèrent depuis l'étranger sur le marché américain, l'idée était de donner la compétence aux autorités d'intervenir directement sur ces « *rogue sites* », notamment en empêchant leur financement par des entreprises américaines.²⁷³

²⁶³ 28 USC sect. 1338.

²⁶⁴ Halpern/Nard/Port, *Fundamentals of united States Intellectual Property Law*, p. 146 s.

²⁶⁵ 17 USC sect. 507.

²⁶⁶ Baudel, *La législation des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, p. 252 s.

²⁶⁷ 17 USC sect. 119.

²⁶⁸ 17 USC sect. 504.

²⁶⁹ Halpern/Nard/Port, *Fundamentals of united States Intellectual Property Law*, p. 173.

²⁷⁰ Supreme Court, *Feltner vs. Columbia Pictures Television*, 523 US 340 (1998).

²⁷¹ 17 USC sect. 504.

²⁷² Halpern/Nard/Port, *Fundamentals of united States Intellectual Property Law*, p. 174.

²⁷³ NY Post.com, *Protecting Americans from Web scams* 29.12.2011 :

« http://www.nypost.com/p/news/opinion/opedcolumnists/protecting_americans_from_web_scams_lVOOEKJEqzpjGIAW43mIXP ».

2.3.3.1 La brève existence du projet

Le 26 octobre 2011, Lamar Smith, membre de la Chambre des représentants et plus particulièrement membre du *House Judiciary Committee*, présentait un projet législatif qui sera rapidement connu sous son acronyme SOPA pour *Stop Online Piracy Act*. L'idée sera reprise par le Sénat dans une version allégée²⁷⁴ et deviendra le PIPA (*Protection Intellectual Property Act*). Soulevant une vague de protestation globalisée, orchestrée via les réseaux sociaux, ces projets effraient l'opinion publique. Malgré un réel soutien initial par de nombreux acteurs de l'innovation, les appuis se sont finalement amenuisés en à peine quelques mois, la mauvaise aura du projet se répercutant bien vite sur ses défenseurs. Il faut préciser que les grands acteurs de l'Internet, comme *Google*, *Facebook*, *Twitter* ou encore *Wikipedia*, ont été les fers de lance des attaques et du lobbying anti-SOPA. La pression a encore augmenté en janvier 2012 lorsque quelques grands acteurs de l'Internet, dont l'encyclopédie participative *Wikipedia* ont décidé, en guise de protestation, de suspendre leurs service une journée durant afin de manifester leur opposition et de protester contre la *censure de l'Internet*.²⁷⁵ Tout cela en dépit du fait que le volet du blocage des adresses DNS, le seul aspect contesté du projet, avait été retiré dès le 12 décembre 2011.²⁷⁶ Au final, en l'absence de majorité concluante, tant le Sénat que la Chambre des représentants abdiqueront fin janvier 2012 en choisissant de reporter (jusqu'à nouvel avis) le vote sur les deux projets.

2.3.3.2 Contenu du projet

Le projet SOPA avait pour cible uniquement les *rogue sites*, à savoir les sites étrangers mettant à disposition des internautes américains des contrefaçons (tel que des médicaments ou des objets usuels) ou du contenu protégé par le *copyright*. Le projet donnait la faculté aux autorités non seulement de rechercher de tels sites, mais aussi d'attaquer leur existence même par un certain nombre de mesures mises en œuvre uniquement aux Etats-Unis et, à ce titre, relativement intéressantes.²⁷⁷ Ainsi il s'agissait de :

- Couper les sources de financement des *rogue sites* avec l'interdiction faite aux compagnies de publicité américaines de faire apparaître des annonces sur ces sites, ainsi que l'interdiction d'effectuer pour leurs clients des virements ou des paiements par carte de crédit.
- Les faire disparaître du réseau, notamment en obligeant les moteurs de recherche américains de les déréférencier et de les supprimer de leurs résultats de recherche.
- Les rendre inaccessible depuis le territoire des Etats-Unis en leur retirant leur adressage DNS sur les serveurs américains.

Seule une décision faisant suite à une injonction déposée devant un juge fédéral par le procureur général à l'encontre d'un *rogue site*, permettait au *Justice Department* de prendre l'ensemble des mesures précitées.²⁷⁸

²⁷⁴ Ce projet ne contient par exemple pas de déréférencement des *rogue sites* par les moteurs de recherche.

²⁷⁵ Le moteur de recherche *Google* affichait quant à lui un bandeau noir sur sa page d'accueil.

²⁷⁶ NY Times.com, *Copyrights and Internet Piracy (SOPA and PIPA Legislation)*, 08.06.2012 :
« <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/c/copyrights/index.html> ».

²⁷⁷ House Judiciary Committee, *Dispelling the Myths Surrounding SOPA* :
« http://judiciary.house.gov/issues/Rogue%20Websites/011812_SOPA%20Myth%20vs%20Fact.pdf ».

²⁷⁸ Statesman.com, Opinion, Lamar Smith, *Smith: Law needed to control cyber piracy* :
« <http://www.statesman.com/opinion/smith-law-needed-to-control-cyber-piracy-1997704.html> ».

2.3.4 Problématiques soulevées : vision unilatérale et poids de l'opinion publique

Les projets SOPA et PIPA ont provoqué une vague de contestation s'étendant bien au-delà du territoire des Etats-Unis. Ces nombreuses critiques ne sont toutefois pas toutes à ranger sous la même enseigne, car dans la vaste campagne de désinformation qui n'a cessé d'accompagner ces projets, bien des reproches relevaient de l'opposition pure et simple à toute tentative, quelle qu'en soit la forme ou la portée, de stopper l'impunité actuelle qui entoure la piraterie en ligne.

Bien que n'ayant nullement étonné l'opinion publique américaine, et soulevé que peu de reproches au niveau international, l'option unilatérale choisie par les Etats-Unis pour traiter un problème globalisé peut tout de même surprendre. La coopération apparaît comme une solution plus opportune pour lutter contre ce phénomène (c'est l'option choisie pour le traité ACTA par exemple), mais force est de constater que des mesures prises depuis son propre territoire, et pouvant limiter l'activité de sites illicites étrangers, est un dispositif qui peut aussi s'avérer terriblement efficace. Les mesures empêchant l'accès au marché intérieur ainsi que le financement des *rogue sites* sont, à priori, de bons moyens de lutte contre les plateformes qui ont encore pignon sur rue et représentent les principaux fournisseurs de contenus piratés. Autant de sites assurant de substantiels bénéfices aux acteurs de ces marchés de contrebande numérique.

Pourtant, des mesures ayant leurs principaux effets à l'étranger ne sauraient être envisagées sans une collaboration internationale accrue. En effet, *quid* des moyens de recours à l'encontre d'une décision de fermeture non justifiée ? Comment faire valoir ses droits lors d'une procédure de suspension ? Bien que ces mesures visent des sites criminels, ce n'est pas une raison pour ne pas respecter les droits à une procédure équitable, dont le primordial droit d'être entendu.

Malgré tout, il faut reconnaître que des actions unilatérales menées en coopération internationale peuvent avoir un effet à l'échelle mondiale en matière de lutte contre le piratage, comme l'ont démontré, en janvier dernier, la fermeture par le FBI de la multiplateforme *Megaupload*²⁷⁹ et l'effet positif qui s'en est suivi, tant sur l'offre légale que sur la diminution du partage d'œuvres piratées.²⁸⁰

Le principal reproche fait à ces projets était le blocage des adresses DNS.²⁸¹ Cette mesure semblait pour beaucoup disproportionnée et rappelait les méthodes de muselage de l'Internet pratiquées par de nombreuses dictatures. Vu l'acceptation quasi unanime d'autres mesures, telles que le blocage du financement des *rogue sites*, cette option a rapidement été retirée des projets, bien qu'elle reste encore et toujours l'argument principal des opposants à ces derniers. Le blocage sur un serveur d'une adresse DNS, faisant disparaître virtuellement le site Internet visé, est certes efficace mais est une *ultima ratio* qu'on ne saurait prendre à la légère et en dehors de toute procédure équitable.

²⁷⁹ NY Times.com, *Looking for Signs of Crime in Megaupload's Memos*, 20.01.2012 :

« <http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2012/01/20/looking-for-signs-of-crime-in-megauploads-memos/> ».

²⁸⁰ HADOPI, Note d'information, *Analyse de l'impact de la fermeture de MegaUpload : +25,7% d'audience pour les plateformes de Catch-Up TV et de VOD*, Paris, le 7 mars 2012.

²⁸¹ Le Monde.fr, *SOPA, PIPA, et la crainte d'un filtrage du Web à grande échelle*, 18.01.2012 :
« http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/01/18/sopa-pipa-et-la-crainte-d-un-filtrage-du-web-a-grande-echelle_1631095_651865.html ».

Au-delà de ces remarques, l'échec de la mise en place des projets SOPA et PIPA démontre plus que jamais que l'opinion publique est extrêmement sensible aux problématiques de libre accès au réseau et considère toute tentative de régulation comme une menace à sa liberté personnelle. Toutefois, il faut bien reconnaître que nombre de critiques dénotent du peu de connaissance des règles actuellement en vigueur, de la méconnaissance totale des projets proposés²⁸² et d'un sentiment de peur entretenu par les réels bénéficiaires de la situation. Les projets en question visaient à lutter contre les contrefaçons étrangères quelles qu'elles soient, comme les pièces détachées d'automobiles, les médicaments ou les aliments pour nourrissons contrefaits. C'est néanmoins le volet *copyrights* qui a focalisé l'opinion et fait capoter les projets, car il pouvait partiellement mettre en péril l'impunité entourant l'accès à des contenus illicites, mais gratuits, représentant le répertoire musical et cinématographique mondial.

Dans ce contexte, qui sont les vrais bénéficiaires de la pérennisation de la situation actuelle ?²⁸³

Outre les organisations criminelles actives dans le business de la copie pirate, les géants du web se verraient contraints par de telles législations à prendre des mesures propres à diminuer leurs marges bénéficiaires et, pire encore, perdraient leur monopole sur les réseaux de partage d'information et de communication.²⁸⁴ En effet, aujourd'hui, ces espaces ainsi que les réseaux sociaux ne sont pour ainsi dire soumis qu'aux seules conditions d'utilisation émises par leurs gérants.

Raison pour laquelle la campagne de lobbying qui a entouré les projets SOPA et PIPA a pris la tournure d'une véritable guerre de la désinformation, le secteur de l'information faisant l'objet de quasi monopoles sur Internet.²⁸⁵ Ainsi le New York Times révélait-il en février dernier²⁸⁶ que les groupes *Google* et *Facebook* avaient délibérément manipulé les informations à disposition des internautes en les déclassant des résultats de recherche et en mettant systématiquement les avis et opinions leur étant favorables aux premières loges de leurs services de presse et d'information, ainsi qu'en mélangeant faits et opinions dans ces mêmes services. Comme le disait Cary Sherman, *chief executive* de la Recording Industry Association of America : « *It's very difficult to counter the misinformation when the disseminators also own the platform.* »²⁸⁷

2.3.5 L'échec programmé de toute réglementation ?

La campagne globalisée anti-SOPA démontre une fois de plus le sentiment général fortement défavorable à toute tentative de régulation d'Internet. Les droits d'auteur sont une des cibles

²⁸² NY Times.com, *Put Down the Pitchforks on SOPA*, 19.01.2012 : « <http://pogue.blogs.nytimes.com/2012/01/19/put-down-the-pitchforks-on-sopa/> ».

²⁸³ NY Times.com, Lettre de Lamar Smith, *Fighting Online Piracy*, 10.01.2012 : « http://www.nytimes.com/2012/01/10/opinion/fighting-online-piracy.html?_r=1&scp=2&sq=lamar%20smith&st=cse ».

²⁸⁴ Wallstreetjournal.com, *Google's Monopoly and Internet Freedom*, 07.06.2012 : « http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303830204577448792246251470.html?mod=rss_Opinion?mod=hp_opinion ».

²⁸⁵ NY Times.com, *The False Ideals of the Web*, 18.01.2012 : « <http://www.nytimes.com/2012/01/19/opinion/sopa-boycotts-and-the-false-ideals-of-the-web.html> ».

²⁸⁶ NY Times.com, *What Wikipedia Won't Tell You*, 08.02.2012 : « www.nytimes.com/2012/02/08/opinion/what-wikipedia-wont-tell-you.html ».

²⁸⁷ NY Times.com, *Put Down the Pitchforks on SOPA*, 19.01.2012 : « <http://pogue.blogs.nytimes.com/2012/01/19/put-down-the-pitchforks-on-sopa/> ».

de prédilection des internautes, dont un grand nombre ne souhaite pas voir disparaître l'impunité qui entoure actuellement le piratage des œuvres musicales en ligne.

Le « tout gratuit » est désormais entré dans les mœurs et est en passe de devenir un privilège du consommateur opposable à celui de l'auteur. Devant ces revendications de confort, les gouvernements peinent à garantir l'application du droit d'auteur et à imposer sa légitimité.

Outre les critiques omniprésentes en ligne, ce sont désormais les *hackers* qui entrent dans la partie. Ces derniers n'hésitent désormais plus à empêcher l'accès aux sites officiels, ou qui offrent du contenu payant, ainsi qu'à pirater les données en ligne de personnalités. En marge de ces atteintes criminelles au fonctionnement et à la liberté des réseaux, des mouvements de protestation se font régulièrement entendre lors de manifestations organisées dans les métropoles occidentales.²⁸⁸ Ces pressions poussent malheureusement les législateurs à ne pas intervenir, ce qui ne fait que renforcer un peu plus l'impression d'illégitimité du droit d'auteur aux yeux de biens des internautes.

2.3.5.1 « Syndrome Robin des Bois »

Victimes d'un « *syndrome de Robin des Bois* »²⁸⁹, la plupart des adeptes de la copie pirate justifient leurs actes par les montants parfois colossaux que certains artistes et maisons de production peuvent gagner. De leur point de vue, une redistribution gratuite des œuvres musicales n'est qu'une juste compensation de ces excès ; légitimant ainsi le pillage systématique du répertoire musical mondial quelle que soit la valeur de l'œuvre en question, la notoriété de son auteur et le montant de son investissement tant financier que personnel.

Désormais, la mise en place de solutions permettant de lutter efficacement contre le téléchargement illicite d'œuvres musicales, tant nationales qu'internationales, semble compromise. Et c'est pourtant en ces heures mouvementées que le traité ACTA tente d'apporter une réponse globalisée aux problèmes de contrefaçon et de piraterie en ligne.

2.4 Le traité ACTA

L'accord de lutte contre la contrefaçon et le piratage ou ACAC, plus connu sous son acronyme anglais ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), est un traité négocié notamment par la Suisse et l'Union européenne qui vise, en premier lieu, à lutter contre la prolifération et le commerce illicite de contrefaçons et son expression numérique qu'est le piratage.²⁹⁰

2.4.1 Objectifs

Cet accord est né de la constatation qu'il est illusoire de vouloir lutter contre le phénomène globalisé et grandissant de la contrefaçon uniquement par des actions locales et que seule une collaboration au niveau international peut enrayer les infractions toujours plus importantes aux droits de la propriété intellectuelle.²⁹¹ Le nombre de produits contrefaits n'a de cesse d'augmenter ; ce ne sont plus seulement des produits de luxe qui sont confrontés à ce phénomène, mais tous les secteurs de production dont la majorité sont des objets de notre quotidien. Ce qui cause non seulement de fortes pertes aux fabricants copiés, mais pose de sérieux problèmes en terme de fiabilité et de sécurité pour les utilisateurs de ces produits, tout

²⁸⁸ Le Temps.ch, *Des milliers de personnes manifestent contre ACTA*, 16.02.2012 :

« <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/7a7a5e8a-54ef-11e1-af0b-4c69c70e67f2%7C0> ».

²⁸⁹ Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, p. 33.

²⁹⁰ IPI, infopaper, *L'essentiel sur l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)*, 08.03.2012.

²⁹¹ Devigne/Velasco-Martin/Iliopoulou, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, p. 29 ss.

particulièrement en ce qui concerne les médicaments, les pièces détachées ou l'agroalimentaire.²⁹²

Aujourd'hui, le principal outil international de lutte contre la contrefaçon sont les ADPIC de 1994 qui, dans ce nouveau contexte international, ont montré leurs limites. Bien qu'ils aient en grande partie réussi à instaurer un standard minimum de protection au plan international, ils ne sont à ce jour plus suffisants.

Que ce soit dans la technique de pointe ou en matière de créativité, l'Europe est compétitive sur le marché mondial principalement grâce à sa plus value intellectuelle, avantage qu'elle doit protéger à tous les niveaux, de l'individu à l'entreprise, en renforçant les outils de protection et de soutien de cette source de richesse, soit les droits de la propriété intellectuelle.²⁹³

Conscient de l'importance que requiert la protection des biens de la propriété intellectuelle et des limites actuelles, le traité ACTA vise à compléter et à renforcer les standards minimaux issus des ADPIC. Ceci afin de définir, pour les Etats signataires, un ensemble de dispositions efficaces pour la défense des droits et par des mesures aux frontières, dans le but de combattre la contrefaçon et le piratage à grande échelle et à visée commerciale.²⁹⁴

L'ACTA est indépendant d'autres accords internationaux ou d'organisations internationales, ceci pour plus de flexibilité et d'efficacité. Toutefois il faut noter l'absence de certains acteurs internationaux, dont les pays émergents.²⁹⁵

2.4.2 Contenu

Contrairement à de nombreux a priori, le traité ACTA ne tend pas à modifier le droit d'auteur actuel mais à en renforcer sa mise en œuvre.

Le traité améliore la coopération internationale entre les différentes autorités, notamment en encourageant et en permettant une entraide internationale ainsi qu'un partage des compétences et des informations dans la lutte contre le commerce illicite international.²⁹⁶

Loin d'inventer de nouveaux moyens de lutte ou de nouvelles procédures judiciaires, le traité a le mérite d'inscrire une fois pour toute et noir sur blanc les procédures déjà existantes et ainsi de fixer des standards minimaux internationaux en matière de lutte contre la contrefaçon. D'ailleurs le traité s'inscrit en droite ligne sur les acquis communautaires et les dernières directives européennes, dont la directive sur la société de l'information.²⁹⁷ Comme pour les pays de l'Union européenne, la signature du traité par la Suisse n'implique aucune modification du droit en vigueur, les standards minimaux étant déjà atteints.²⁹⁸

Ces standards imposent aux Etats membres de mettre en place des procédures civiles et pénales destinées aux victimes de contrefaçon ainsi que de poursuivre les contrefacteurs. Ils permettent la mise en place de moyens de lutte contre les activités criminelles par les saisies

²⁹² Stop-piracy.ch, association STOP A LA PIRATERIE, contrefaçon & piraterie : « <http://www.stop-piracy.ch/fr/candp/cap1.shtm> ».

²⁹³ Devigne/Velasco-Martin/Iliopoulou, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, p. 30.

²⁹⁴ Taylor, *The Global System of Copyright Enforcement*, p. 81 s.

²⁹⁵ Taylor, *The Global System of Copyright Enforcement*, p. 87 s.

²⁹⁶ Devigne/Velasco-Martin/Iliopoulou, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, p. 35 s.

²⁹⁷ Devigne/Velasco-Martin/Iliopoulou, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, p. 36.

²⁹⁸ IPI, infopaper, *L'essentiel sur l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA)*, 08.03.2012.

et le renforcement des contrôles douaniers (importation *et* exportation) dans tous les domaines de la propriété intellectuelle et dans tous les environnements, dont Internet.²⁹⁹

En n'apportant que peu de nouveautés et face à la peur des autorités d'user de ce nouvel outil de coopération impopulaire, le traité ACTA est parfois qualifié de « tigre de papier ».

2.4.3 Négociations et critiques

Négocié sous l'égide de la Commission européenne depuis 2007, le traité a réuni de nombreux protagonistes et notamment des représentants des milieux industriels, de la création ou de la santé. Toutefois, les négociations ont eu lieu le plus souvent à huit-clos, ce qui a laissé libre cours aux spéculations les plus folles quant au contenu du traité et nourri la suspicion à son encontre. Ce manque de transparence est le principal reproche fait par les opposants au traité et continue de miner sa légitimité auprès de l'opinion publique. Sans compter que des fuites concernant certaines propositions abandonnées lors des débats n'ont fait qu'envenimer la situation.³⁰⁰ Tel est le cas de la curieuse fouille des baladeurs MP3 aux frontières, qui continue d'être un des arguments choc des opposants au traité.³⁰¹

La plupart des critiques dénotent une fois de plus une méconnaissance du traité et des mécanismes internationaux. En effet, le traité ACTA ne crée pas de droit applicable par le juge mais des standards minimaux ainsi que les bases d'une coopération entre les Etats signataires. Il continue cependant de mobiliser les milieux libertaires et de symboliser tout ce qui va à l'encontre d'un Internet libre.³⁰²

Dans ce contexte d'hostilité, la Confédération a annoncé en mai dernier le report de la signature du traité, déjà fort de 37 signatures.³⁰³

Quoi qu'il en soit, il est regrettable de constater qu'une fois de plus le volet traitant du droit d'auteur sur Internet focalise l'opinion et mine la construction d'une véritable lutte contre le commerce international illicite et organisé de contrefaçons. Les parties ont jusqu'à mai 2013 pour signer le traité, il est donc encore trop tôt pour abandonner tout espoir de le voir prendre son envol et de conclure : « *Acta est fabula* ».

²⁹⁹ Devigne/Velasco-Martin/Iliopoulou, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, p. 37 ss.

³⁰⁰ Le Figaro.fr, *Droits sur Internet : pourquoi le traité Acta fait polémique*, 14.02.2012 :
« <http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/02/14/01007-20120214ARTFIG00727-droits-sur-Internet-pourquoi-le-traite-acta-fait-polemique.php> ».

³⁰¹ Taylor, *The Global System of Copyright Enforcement*, p. 87.

³⁰² NouvelObservateur.com, *Le traité ACTA pour les nuls*, 27.03.2012 :
« <http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20120305.OBS2948/le-traite-acta-pour-les-nuls.html> ».

³⁰³ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 09.05.2012, *La Suisse reporte la signature de l'ACAC*.

3. Gestion collective, licence globale et autres alternatives

En plus des réponses au piratage d'œuvres musicales sur Internet exposées précédemment, une véritable constellation d'alternatives législatives existe. Plus ou moins sérieuses, certaines sont un complément au droit d'auteur et d'autres se veulent simplement la contradiction du droit actuel. Les plus extrêmes ont même pour objectif de légaliser la copie pirate ou prônent purement et simplement l'abolition du droit de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier.³⁰⁴ Parmi ces alternatives, je me contenterai de présenter celles qui sont le plus souvent évoquées.

3.1 La gestion collective obligatoire

La gestion collective obligatoire existe déjà en Suisse pour la gestion des droits de certains types d'œuvres telles que les œuvres orphelines ou les productions d'archives des organismes de diffusion.³⁰⁵ Les droits d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, des articles 10 alinéa 2 lettres c et d, sont quant à eux soumis à une gestion collective facultative lorsqu'il s'agit de l'auteur ou de ses héritiers,³⁰⁶ mais ils sont soumis à une gestion collective obligatoire dans les autres cas.³⁰⁷ Il n'empêche, qu'en pratique, les ayants droit laissent presque systématiquement les sociétés de gestion en charge de leurs droits de diffusion.

Tous les types de diffusions sont visés par la LDA. Les diffusions via Internet, comme le *webcasting* et le *simulcasting*, sont donc aussi soumises à la gestion collective « semi-obligatoire ».³⁰⁸ L'exemple le plus parlant est celui du télé-réseau, qui est lui soumis au régime de la gestion collective obligatoire, cette solution étant retenue par l'ensemble des pays de l'Union européenne.³⁰⁹

Une gestion collective obligatoire impliquerait en pratique que les sociétés de gestion aient la tâche de gérer les droits de l'ensemble des auteurs. Généralisant le système déjà bien connu de paiement par les utilisateurs via les tarifs communs.

3.1.1 Qualification juridique

Dans le régime de la gestion collective obligatoire, l'auteur reste titulaire des droits exclusifs sur l'œuvre bien qu'il n'en contrôle plus lui-même la gestion et donc l'exploitation. D'ailleurs, dans le cadre de la gestion collective obligatoire, les ayants droit ne peuvent pas exercer leurs droits individuellement ni même agir en justice, car cette qualité appartient aux sociétés de gestion même en l'absence de contrats avec les ayants droit.³¹⁰

En contrepartie, les auteurs sont rémunérés par les sociétés de gestion qui ont notamment pour tâche de négocier les tarifs applicables et de percevoir les redevances auprès des utilisateurs. Il n'y a d'ailleurs pas toujours de contrat entre la société de gestion et l'auteur, le régime de gestion collective n'étant pas soumis à acceptation de la part de l'auteur, puisqu'elle découle

³⁰⁴ Notamment : Smiers/Van Schijndel, Un monde sans copyright... et sans monopole.

³⁰⁵ Art 22, 22a, 22b, 22c et 24b LDA.

³⁰⁶ Art. 40 al.3 LDA.

³⁰⁷ En Suisse un éditeur ne pourrait ainsi pas faire valoir les droits de diffusion d'un auteur : art. 41 et 42 al. 2 LDA.

³⁰⁸ Salvadé, Cas pratiques pour la perception collective, p. 216.

³⁰⁹ Colin, Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet, p. 25.

³¹⁰ ATF 133 III 568.

directement de la loi. La qualification exacte du rapport entre l'auteur et la société de gestion ne fera pas l'objet de plus amples analyses.

Afin de pouvoir utiliser une œuvre du répertoire, l'utilisateur doit demander à la société de gestion en question son accord et pourra, en acceptant les conditions des tarifs communs,³¹¹ utiliser l'œuvre dans les limites déterminées par elle. Le montant de la redevance dépend de l'utilisation de l'œuvre. Cette fois, il s'agit bien d'une forme de contrat de licence entre l'utilisateur et le gestionnaire des droits, mais aux conditions prédéterminées qui figurent dans les tarifs communs. Aucune des deux parties n'est en effet obligée de conclure un tel accord.

La gestion collective des droits de diffusion implique aussi que les sociétés de gestion traitent avec l'ensemble des diffuseurs. Ce qui est plus simple avec les radiodiffuseurs traditionnels³¹² que pour les *webradios* ou les *webTV*. Étendre ce modèle au partage d'œuvres musicales en ligne impliquerait de connaître l'ensemble des utilisateurs, ce qui reviendrait à exiger des sociétés de gestion de traiter avec l'ensemble des internautes ! Devant l'impossibilité d'une telle tâche, la perception de redevance ne pourrait passer que par des intermédiaires, comme c'est le cas pour la redevance pour la copie privée de l'article 20 LDA.

Ainsi, les modèles proposés notamment en France, prévoient que ce sont les FAI qui collectent les redevances pour leurs usagers, eux-mêmes étant les débiteurs des sociétés de gestion.³¹³ D'une redevance calculée sur l'utilisation réelle de l'œuvre, comme c'est le cas actuellement en théorie, on passerait à un système basé sur des statistiques en fonction des moyennes d'utilisation.

3.1.1.1 Limites du modèle

En clair, la mise à disposition d'œuvres musicales en ligne deviendrait licite pour autant que les redevances soient réglées. Le téléchargement étant toujours soumis à l'exception d'usage privé, vu le nombre d'internautes et le phénomène déjà massif du partage d'œuvres en ligne, l'entier du répertoire se trouverait rapidement accessible licitement à des conditions économiques forfaitaires avantageuses. Ce qui reviendrait à tuer l'offre payante et par là même à priver les auteurs d'une part importante de leurs revenus.

De surcroît, les revenus dégagés par les œuvres devenant accessoires, les redevances ne pourraient plus qu'avoir une portée compensatoire. En effet, outre le fait qu'elles n'équivaldraient certainement pas aux revenus générés précédemment, le calcul du montant de ces redevances ne pourrait plus se faire sur la base de ce que rapporte l'œuvre, mais uniquement sur la perte enregistrée, d'où un caractère non plus rémunérateur mais purement compensatoire de la redevance.

Dès lors, un tel système ne passerait vraisemblablement pas, à mon sens, le « triple test » de la convention de Berne. L'auteur se verrait, en pratique, privé de l'usage normal de son œuvre et ne pourrait plus espérer l'écouler sur le marché payant. Ce qui constituerait un préjudice injustifié à ses droits.

3.2 La licence globale

Malgré quelques similitudes avec la gestion collective obligatoire, la licence globale va nettement plus loin en ce qu'elle remplace les droits exclusifs de l'auteur par un simple droit à

³¹¹ Voir point 1.1.5.4.1.

³¹² Pour la plupart soumis à un devoir d'annonce selon la LRTV.

³¹³ Colin, Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet, p. 26.

rémunération. Dès lors l'auteur se voit privé de l'ensemble de ses droits d'auteur exclusifs dont il perd purement et simplement la titularité.

Par ce mécanisme, l'ensemble des utilisateurs bénéficierait de licences permettant d'user librement de l'œuvre à condition de payer une contribution financière.

3.2.1 Fonctionnement

La gestion des droits à rémunération échapperait aux auteurs et se verrait confiée à un organe de gestion, soit à un organe étatique *ad hoc* soit à une société de gestion. Le gestionnaire aurait pour charge, comme pour la gestion collective obligatoire, de percevoir les contributions financières destinées à rémunérer les auteurs via des redevances. Certains projets prévoient un simple pourcentage compris dans les abonnements aux FAI³¹⁴ quand d'autres souhaitent la création d'un fichier central de toutes les œuvres qui serait géré par l'Etat afin de pouvoir tracer l'ensemble des utilisations.³¹⁵

Par la suite, grâce aux revenus collectés, soit par la redevance soit par la taxe, le gestionnaire rémunérerait les auteurs en fonction de l'utilisation de leurs œuvres et conserverait une partie de ces montants afin d'encourager la création ainsi que la diversité culturelle.³¹⁶

3.2.2 Qualification juridique

La loi fixerait la titularité des droits d'auteur sur l'œuvre de la façon suivante : les droits exclusifs échapperaient à l'auteur. Ce dernier ne serait titulaire que des droits moraux sur son œuvre. Il ne pourrait dès lors plus y avoir de contrat avec l'auteur, ce dernier n'étant tout simplement plus titulaire de ses droits ou alors uniquement en ce qui concerne les usages commerciaux de l'œuvre.

Le gestionnaire aurait ensuite la tâche de traiter avec les utilisateurs et, comme pour le modèle de gestion collective obligatoire, cela passerait en pratique par les FAI. Cependant, ce régime serait plus proche de la redevance pour la copie privée de l'article 20 LDA que de la gestion collective. En effet, le répertoire serait en pratique *de lege* accessible et c'est le moyen technique qui serait taxé, soit la connexion à Internet (à l'instar des supports vierges dans le cas de l'art. 20 LDA) et non pas l'utilisation faite de l'œuvre.

Le gestionnaire fixerait les redevances avec les représentants des utilisateurs.³¹⁷ Dès lors, redevance et abonnement à Internet formeraient en pratique un tout indépendant de l'utilisation ou non des œuvres en ligne par l'internaute, soit une sorte de *cybervignette* autoroutière vendue d'office par le garagiste indépendamment de l'usage ou non des infrastructures routières ou du nombre de kilomètres parcourus.

3.2.3 Une solution à éviter

Souvent mise en avant, la licence globale réglerait le problème du piratage une bonne fois pour toute, ce dernier étant tout simplement légalisé. Elle traduit également une vision romantique et utopique d'un savoir universel transmis librement à tout un chacun. Selon ses partisans, elle serait une source de revenu pour les auteurs qui se verraient mis sur un pied

³¹⁴ Martine Aubry, première secrétaire du Parti socialiste français, alors candidate à l'investiture de la dernière présidentielle française, promettait d'abroger la loi HADOPI et de mettre en place une licence globale s'élevant à 2 euros par mois et prélevés sur l'abonnement au FAI. In : Libération.fr, *Internet : Martine Aubry préfère la licence globale à la riposte graduée*, 21.07.2011 : « <http://www.liberation.fr/politiques/01012350187-Internet-martine-aubry-prefere-la-licence-globale-a-la-riposte-graduee> ».

³¹⁵ Colin, *Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, p. 23.

³¹⁶ Smiers/Van Schijndel, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, p. 69 s.

³¹⁷ Colin, *Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, p. 24.

d'égalité³¹⁸ sans péjorer leurs intérêts économiques, la plupart des projets ne prévoyant de licence globale que pour les usages non-commerciaux de l'œuvre.

Séduisante, parce que rémunérant les ayants droit tout en légalisant totalement l'échange d'œuvres musicales sur Internet, cette solution est en réalité lourde de conséquences et fortement problématique.

Bien qu'elle ne vise pas l'usage commercial de l'œuvre, la libéralisation totale des échanges serait garantie contre une modeste rétribution. A ce tarif, c'est non seulement l'entier du marché payant qui s'effondrerait, car ce dernier n'aurait tout simplement plus de raison d'être puisque le téléchargement serait légalisé pour tout le répertoire, mais aussi les secteurs de la production et de l'édition. Seuls les auteurs seraient visés par la rétribution et, en l'absence de marché payant, l'auteur ne pourrait plus que compter sur la rétribution, qui serait compensatoire. La situation par rapport à la gestion collective obligatoire serait encore pire. Sans oublier que l'établissement de statistiques d'utilisation tiendrait du miracle ou nécessiterait le recours massif, si ce n'est intrusif, aux DRMS.

La licence globale reviendrait, ni plus ni moins, à une expropriation de l'auteur sur son œuvre. L'auteur étant privé de tout droit sur celle-ci, ceci constituerait une violation évidente d'un droit constitutionnel fondamental qui est la garantie de propriété, sans compter le non-respect des conventions internationales et plus particulièrement du « triple test » de la convention de Berne.

Cette solution utopique est à éviter.³¹⁹ Je me rallie d'ailleurs à l'opinion exprimée par le Président français sortant Nicolas Sarkozy qui tenait au sujet de la licence globale le propos suivant : « *Pour Victor Hugo, c'est un « sophisme singulier, qui serait puénil s'il n'était perfide : la pensée appartient à tous, donc elle ne peut être propriété, donc la propriété littéraire n'existe pas ».* Et Hugo d'ajouter : « Prendre tout et rendre un peu. Spoliation et sujétion de l'écrivain. On le vole, puis on l'achète ». *Je n'ai rien à retirer à ce que disait Victor Hugo. Parce que ce sophisme singulier connaît un avatar moderne. Il s'intitule licence globale. Avec elle, on prend tout au créateur et on lui rend un peu, on le vole d'abord, on l'achète ensuite. Je ne veux pas de cette politique-là.* »³²⁰

3.3 La licence collective étendue

Développée dans les pays scandinaves, la licence collective étendue est une forme de licence collective obligatoire, avec possibilité de se retirer de celle-ci.

Selon ce modèle, chaque ayant droit peut transférer s'il le désire l'ensemble de ses droits aux sociétés de gestion. La différence réside dans la faculté donnée aux sociétés de gestion de rendre la gestion collective obligatoire lorsqu'une majorité d'auteurs d'un certain type d'œuvres leur auraient transférés leurs droits. De la sorte, toutes les œuvres de ce type seraient soumises à une gestion collective obligatoire avec la subtilité suivante : une possibilité d'*opt out*, soit d'un droit de retrait pour les auteurs souhaitant gérer leurs œuvres individuellement.³²¹

³¹⁸ Smiers/Van Schijndel, Un monde sans copyright... et sans monopole, p. 61 ss.

³¹⁹ Plaidoyer, 3/2012, Débat, « Renforcer la responsabilité des intermédiaires sur Internet », p. 7 s.

³²⁰ Discours de M. le Président de la République, Vœux au monde de la Culture, Marseille, 24.01.2012 : « <http://www.elysee.fr/president/les-actualites/discours/2012/les-voeux-du-president-de-la-republique-au-monde-de-12863.html> ».

³²¹ Colin, Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet, p. 27 ss.

3.4 Responsabilisation des intermédiaires

Lutter contre le piratage d'œuvres musicales en ligne en passant par les intermédiaires est une voie d'approche des plus pragmatiques. Si les intermédiaires sont les mieux placés pour lutter contre ces phénomènes par leur proximité avec les internautes, ils sont aussi, bien souvent, les premiers bénéficiaires de tels agissements, notamment via les recettes publicitaires liées au succès des plateformes. Étendre les possibilités d'action à leur rencontre et renforcer l'autocontrôle de leurs services ne peut qu'avoir un effet positif de lutte contre les échanges d'œuvres illicites. Plus l'accès à de telles œuvres sera limité, moins il y aura de téléchargement et de mises à disposition subséquentes.

3.4.1 « Notice and take down »

Derrière cette appellation se cache un mécanisme de signalement et de retrait des œuvres contrefaites à l'intention des hébergeurs. Ce mécanisme existe déjà en pratique et prend le plus souvent la forme d'un onglet de signalement qui se trouve directement en lien avec l'œuvre et par lequel l'utilisateur signale un quelconque problème avec un contenu ou un utilisateur. C'est déjà le cas sur la majorité des plateformes en ligne tels que *Youtube* et *Facebook*.

En soi, l'autorégulation a l'avantage d'être adaptée aux réalités du secteur ainsi que de s'adapter très rapidement aux changements techniques. Toutefois elle fait preuve d'un manque flagrant de légitimité démocratique et reste soumise au bon vouloir des acteurs du milieu.³²² Ainsi, la multiplateforme *Megaupload*, bien connue pour son répertoire illicite encyclopédique, disposait d'un outil de signalement qui constituait un argument marketing de bonne moralité selon son fondateur.³²³

Il est vrai qu'une telle procédure interne pourrait être un facteur d'atténuation quant à la responsabilité d'un gérant de site Internet.

Cependant, cette solution n'est pas à ancrer dans la loi. La généralisation d'un tel système impliquerait une privatisation de la mise en œuvre des droits d'auteur. Suite au signalement d'une œuvre ou d'un comportement, le gérant devrait dans l'absolu se prononcer tant sur la titularité des droits que sur leurs contenus avant de retirer l'œuvre signalée. Les garanties minimales de procédures ne seraient que difficilement garanties sans compter le manque de légitimité démocratique d'un tel système.

En définitive, le procédé est sans doute rapide, efficace et bon marché, cependant ses qualités indéniables ne sauraient racheter les défauts liés à une application privée du droit. D'ailleurs, il y a fort à parier que les mêmes outils de signalement et les retraits d'œuvres manifestement piratées se généraliseraient sans doute en cas de responsabilisation accrue des gérants de sites Internet, ces derniers devant eux-mêmes limiter les excès par le biais de procédures internes afin d'éviter d'engager leur propre responsabilité.

3.4.2 Responsabilité objective de l'intermédiaire

La mise en œuvre des droits d'auteur sur Internet reste la difficulté majeure rencontrée actuellement. La simplification des processus pourrait aider les ayants droit à mieux faire valoir leurs droits.

³²² Hugenholtz, *Codes of conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace*, p. 306 ss.

³²³ Le Nouvel observateur.com, *Megaupload* : "Nous ne sommes pas un site pirate", 20.01.2012 : « <http://obsession.nouvelobs.com/la-fermeture-de-megaupload/20120113.OBS8709/megaupload-nous-ne-sommes-pas-un-site-pirate-seulement-un-prestataire-de-services.html> ».

Une responsabilité objective de l'intermédiaire basée sur le modèle de l'article 55 CO permettrait de simplifier l'établissement de la violation du droit, le demandeur ne devant plus établir de faute et reconnaître le contrevenant, l'intermédiaire étant responsable pour ses auxiliaires (respectivement les utilisateurs de ses services), à moins qu'il ne prouve avoir pris toutes les mesures nécessaires afin d'éviter l'acte survenu.³²⁴

Cette simplification du régime juridique actuel par l'ajout d'une solution bien connue du système suisse, à savoir la responsabilité objective, est une piste de réflexion qui semble prometteuse. Le gérant d'une plateforme d'échange en ligne dispose de certaines possibilités de contrôle des échanges, notamment dans le cas d'une plateforme centralisée tel que *Rapidshare*. Par l'introduction d'une telle disposition, les gérants devraient prendre des mesures techniques et mieux gérer les échanges qui passent par leurs services sans pour autant nuire aux usages licites. Pour les ayants droit, ces véritables bourses d'échanges, où un simple fichier numérique a un potentiel quasiment infini de violation des droits d'auteur, seraient moins nombreuses, et le nombre de violations de leurs droits également.

Toutefois, bien que juridiquement la solution semble simple et efficace, politiquement son avenir paraît moins radieux. Si, par intermédiaire, on entend gérant d'une plateforme de partage, il n'y a pas de difficultés majeures. Mais si on étend cette notion aux FAI, les chances qu'une telle disposition voit le jour s'amointrissent. En effet, un FAI tel que *Swisscom* reste encore détenu majoritairement par la Confédération d'où de possibles intérêts contradictoires entre le respect du droit d'auteur et leur mise en œuvre dans ce contexte.³²⁵

3.5 Les licences libres et de libre diffusion

Il est intéressant de mentionner un modèle de gestion des droits d'auteur déjà bien connu des internautes, surtout dans le domaine des logiciels, et très répandu dans le domaine de la publication scientifique. Ses plus farouches défenseurs souhaitent voir se généraliser ce système qui semble porter ses fruits dans le partage de connaissances pratiques sur Internet. Les licences libres et de libre diffusion, contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, ne sont ni en contradiction ni en opposition avec le droit d'auteur. En réalité, elles sont pour les auteurs qui y recourent, un moyen de diffusion de leurs œuvres et de gestion des droits conférés par le droit d'auteur dans les limites de ce dernier.³²⁶

3.5.1 La licence libre

La licence libre se définit par l'étendue de l'utilisation de l'œuvre dont peut bénéficier l'utilisateur. La première licence libre fait suite au travail du professeur Richard Stallman du MIT qui, en 1984, frustré par l'impossibilité de modifier ses logiciels de recherche, mu par une insatiable volonté d'optimisation de ces derniers, décide de fonder un nouveau modèle de partage des connaissances techniques en créant les projets *GNU* et *UNIX*. La General Public Licence (GPL) était née et elle est restée jusqu'à nos jours la référence en matière de licence libre.³²⁷

³²⁴ Plaidoyer, 3/2012, Débat, «Renforcer la responsabilité des intermédiaires sur Internet», p. 6 ss.

³²⁵ Plaidoyer, 3/2012, Débat, «Renforcer la responsabilité des intermédiaires sur Internet», p. 6.

³²⁶ Sahlfeld, Creative Commons, p. 72.

³²⁷ Gilliéron, Open source et droit des brevets, p. 30 s.

Les quatre libertés fondées sur la GPL et dont dispose l'utilisateur sont les suivantes³²⁸ :

- L'utilisation ; l'utilisateur est libre d'utiliser l'œuvre sans aucune restriction notamment liée à son domaine d'activité.
- L'étude ; l'utilisateur peut étudier le fonctionnement de l'œuvre et a accès notamment au code source pour ce qui est des logiciels libres.
- La redistribution ; l'utilisateur peut redistribuer l'œuvre librement.
- La modification ; l'utilisateur est en droit de modifier l'œuvre, de créer une œuvre dérivée et de la distribuer.

Lorsque ces quatre libertés sont réunies on parle alors de licence libre. Si seules certaines des libertés sont données, on parle de licence de libre diffusion.

Le modèle de la licence libre est à la base de plusieurs autres modèles d'expression des droits d'auteur dont le *copyleft* qui désigne une licence libre, dont les œuvres dérivées doivent être redistribuées aux mêmes conditions que l'œuvre originale³²⁹, et les *creative commons*.

3.5.1.1 Licences « creative commons »

Les *creative commons* sont un type de licence libre plus accessible et parfois présenté par leurs auteurs comme une alternative au modèle traditionnel du droit d'auteur jugé trop rigoureux et dépassé. En réalité, elles sont un modèle d'expression irrévocable, simplifié et standardisé des droits d'auteur. Un exemple célèbre de partage sous cette forme est l'encyclopédie participative en ligne *Wikipedia*.

Les licences *creative commons* sont constituées de « trois couches »³³⁰ exprimant le contenu de la licence accordée ainsi que les droits et devoirs en jeu. La première couche est une définition juridique traditionnelle de la licence, rédigée en langage juridique et destinée au juriste (appelée *legal code*). La deuxième couche concerne le grand public et est rédigée en termes simples mais précis. Elle est systématiquement explicitée par des pictogrammes afin de la rendre (selon les propres termes de leurs créateurs) « lisible par les humains ». La troisième est, quant à elle, uniquement destinée aux machines, soit à une lecture automatisée par les moteurs de recherches et les logiciels et fonctionne au moyen de DRMS.³³¹

Les licences sont disponibles sur le site de l'organisation à but non-lucratif qui les gère et les propose à tout un chacun à l'adresse suivante : « <http://creativecommons.org/> ». Chaque auteur qui souhaite soumettre le partage de son œuvre à ce modèle peut tout simplement se rendre sur ce site, consulter la marche à suivre et signaler le type de licence qu'il entend conférer sur son œuvre.

Il existe six licences principales *creative commons*. J'en présenterai trois exemples afin d'expliquer leur fonctionnement et de disposer d'un aperçu complet des types de limitations possibles. Les pictogrammes sont directement issus du site Internet *creativecommons.org*.

1. La licence *Paternité* (ou *attribution*) :



Résumée par les sigles « CC BY » pour *creative commons* et *paternité*. Cette licence est la plus libre de toute et ne soumet l'utilisation de l'œuvre qu'au seul devoir de

³²⁸ GNU.org, Qu'est-ce que le logiciel libre ? : « <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html> ».

³²⁹ INRIA, Guide d'approche et d'analyse des licences de logiciels libres, p. 3.

³³⁰ « <http://creativecommons.org/licenses/> ».

³³¹ Smiers/Van Schijndel, un monde sans copyright... et sans monopole, p. 37.

citation de l'auteur, tout autre usage étant laissé libre à l'utilisateur. Sa couche lisible par les humains se trouve en ligne à l'adresse suivante :

« <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/> » tout comme son *legal code* complet.³³² La licence *paternité* est une licence libre.

2. La licence *Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification* :



Résumée par « CC BY-NC-ND ». Cette licence est la plus restrictive de toutes. Outre l'obligation de citation, elle interdit tout usage commercial de l'œuvre (NC) ainsi que toute modification de cette dernière (ND).

3. La licence *Paternité - Partage dans les Mêmes Conditions* :



Résumée par « CC BY-SA ». Cette licence permet toute utilisation de l'œuvre aux conditions de citation de l'auteur et de partage de l'œuvre dérivée aux mêmes conditions que l'œuvre originale (SA).

3.5.2 Qualification juridique

Quel que soit le type de licence évoqué ci-dessus, elles sont un moyen d'exercice des droits d'auteur et fixent des limitations à l'usage de l'œuvre en respectant le cadre légal du droit d'auteur. De ce fait, elles ne sont pas incompatibles avec notre ordre juridique.

Ce ne sont pas des contrats entre l'utilisateur et l'auteur, car il n'y a pas d'accord de volonté concordante. Il ne s'agit pas non plus d'une offre, vu qu'il n'y a pas non plus d'acceptation. Dès lors, il ne peut s'agir que d'une déclaration unilatérale du titulaire des droits d'auteur qui manifeste l'étendue de l'usage de l'œuvre qu'il entend conférer et, par la même, s'engage unilatéralement à ne pas faire usage de certaines prétentions dont il bénéficie.³³³

En cas de violation de la licence *creative commons*, il y a donc violation du droit d'auteur et non d'un contrat. Les voies de droit ouvertes sont celles du droit d'auteur à l'exception de celles que le titulaire s'est engagé à ne pas faire valoir. Ainsi un auteur ayant concédé une licence *creative commons* de paternité ne peut pas s'opposer à la mise à disposition ou à la diffusion de son œuvre, mais peut en revanche faire valoir son droit de paternité.³³⁴

A noter qu'un auteur qui aurait cédé ses droits ne peut plus accorder de licence *creative commons*. En effet, n'ayant plus la gestion de ses droits, ce serait au titulaire actuel de prendre cette décision. Dans la pratique cette qualité appartient dans bien des cas aux sociétés de gestion et non à l'auteur.

3.5.3 Limites du modèle

Les licences libres ont pour objectif de mettre tout le monde sur un pied d'égalité devant l'œuvre. Toutefois, comme le reconnaissent leurs fondateurs, ce modèle n'est viable que pour les œuvres participatives et dites « utiles », tels que les logiciels, ou encore dans le cadre de l'enseignement et de la recherche.³³⁵ On comprend bien que dans un domaine comme la recherche, où le transfert des connaissances est vital, il faut se faire connaître par ses pairs

³³² « <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/legalcode> ».

³³³ Gilliéron, *Open source et droit des brevets*, p. 31.

³³⁴ Art. 9 LDA.

³³⁵ GNU.org, au-delà du logiciel : « <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html> ».

afin d'acquiescer une certaine reconnaissance de ses travaux et par la même espérer des subventions. Dans cette optique, l'œuvre, l'article en l'occurrence, n'a pas de valeur en soi ni pour vocation d'assurer un revenu à son auteur mais bien de le faire connaître.³³⁶ Tout comme les réseaux de partage de créations personnelles (par ex. *Flickr*) n'ont pas pour vocation de récompenser l'effort créatif de leurs auteurs ni de leur assurer un revenu.

Bien que la licence libre, et tout particulièrement les licences de type *creative commons*, soit parfois évoquée comme la panacée aux problèmes de contrefaçon et de piraterie en ligne, force est de constater que ce modèle est inapplicable si l'auteur entend tirer un revenu raisonnable de ses œuvres.³³⁷ A ce titre, il est intéressant de s'arrêter sur l'exemple de la Jamaïque. Malgré l'absence d'une réelle législation, et surtout d'une mise en œuvre adéquate, un modèle économique musical basé sur la licence libre s'est développé suite au phénomène *reggae*, cela principalement en raison du caractère quasiment artisanal de l'industrie musicale qui a longtemps caractérisé la Jamaïque. Actuellement, ce modèle a atteint ses limites et le renforcement du *copyright law* jamaïcain, et plus particulièrement la mise en œuvre des droits, est plébiscité par les auteurs afin de garantir des revenus aux artistes.³³⁸

Avec un modèle de licence libre généralisé, il faut concéder que le partage des œuvres sur Internet, et tout spécialement leur mise à disposition, ne constituerait plus un problème, la licence conférant ces droits à l'utilisateur. Mais la rémunération des auteurs serait quasiment mission impossible à une si large échelle, car c'est directement l'utilisateur qui serait le débiteur de l'auteur pour l'utilisation de son œuvre, à supposer que la licence soit payante. De surcroît les licences *creative commons* ne prévoient aucun modèle de rémunération, elles se contentent de laisser cette possibilité ouverte à l'auteur.

Un autre obstacle de taille à la généralisation du modèle est l'irrévocabilité de la licence *creative commons*. Le changement des conditions d'utilisation après partage ne serait pas opposable aux utilisateurs au bénéfice de conditions antérieures. D'ailleurs, les utilisateurs ne pourraient que difficilement être informés des changements apportés à la licence. Ainsi, une œuvre distribuée gratuitement qui rencontrerait un fort succès auprès des utilisateurs ne pourrait pas être commercialisée après coup. Y a-t-il dès lors engagement excessif ? Je laisse la question ouverte, tout en invitant les auteurs souhaitant soumettre leurs œuvres à ce régime à la prudence pour le cas où ils souhaiteraient un jour changer le régime d'utilisation de ces dernières.

Par ailleurs, les problèmes de mise en œuvre des droits ne seraient pas résolus pour autant, ces modèles se basant sur le droit actuel qui a démontré ses faiblesses.³³⁹

³³⁶ Sahlfeld, *Creative commons*, p. 72.

³³⁷ Smiers/Van Schijndel, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, p. 39.

³³⁸ Okpaluba, « Free-riding on the riddim » ? Open-source, copyright law and reggae music in Jamaica, p. 380 ss.

³³⁹ Okpaluba, « Free-riding on the riddim » ? Open-source, copyright law and reggae music in Jamaica, p. 385 s.

4. Exposé des variantes législatives

Après ce tour d'horizon, il faut constater que le législateur suisse n'a que l'embarras du choix. Toutefois, quelles variantes sont les plus pertinentes quand il s'agit de penser à leur application dans le contexte législatif helvétique ?

Quels que soit les modèles proposés, la plupart pèchent au moment de leur mise en œuvre. C'est une chose de légiférer, de donner corps à la loi et de déterminer les droits et devoirs de chacun, mais s'en est une autre de surveiller, contrôler et remettre sur le droit chemin les contrevenants ! Cette mise en œuvre ne peut dès lors que passer par des outils établis dans la loi et dont l'application ne doit se faire que dans les limites du droit. Actuellement ces moyens ne sont pas adaptés pour offrir une protection du droit d'auteur suffisante dans l'univers numérique.

S'offrent au législateur suisse quatre possibilités législatives : le maintien des structures et logiques actuelles ; la dépénalisation de tout ou partie des violations du droit d'auteur, le renforcement de la mise en œuvre et du respect des droits ou une voie médiane de renforcement du régime actuel.

Au regard des expériences étrangères et des réflexions plus globales faites jusqu'ici dans le présent travail, il convient d'établir pour chacune des variantes des pistes législatives, ainsi que d'examiner leur pertinence dans le contexte politique actuel. Vu le caractère hypothétique de ces réflexions, je me concentrerai ensuite sur la possibilité législative la plus probable.

4.1 Le choix du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral prône le *statu quo*, comme il l'a démontré dans le rapport en réponse au Postulat Savary. Pour lui, légaliser les mises à disposition n'est pas envisageable, ne serait-ce que pour respecter nos engagements internationaux,³⁴⁰ sans même parler du respect de la propriété individuelle garantie par notre Constitution. Quant à prendre des mesures afin de limiter le phénomène, ce serait tout simplement impopulaire et compliqué. Dans ces conditions, pourquoi ne pas faire simple ? Le système actuel respecte les engagements internationaux de la Suisse, permet des actions ponctuelles contre les contrevenants et a l'avantage de ne pas nécessiter d'investissement. De plus, vu la taille de l'industrie musicale en Suisse, il n'y a pas de risque majeur de pertes économiques pour le pays. Malgré tout, cette situation ne satisfait pas grand monde, les auteurs en premier lieu.³⁴¹ D'une part, les échanges d'œuvres restent illicites et d'autre part rien n'est sérieusement entrepris pour en limiter les conséquences sociales et économiques.

La situation actuelle a été largement présentée dans la première partie de mon travail, je ne la développerai pas d'avantage.

4.2 Variante permissive

Dans l'absolu, pour diminuer le nombre de violations des droits d'auteur sur Internet, sans pour autant renforcer l'application du droit ni en prévenir les infractions, il existe la possibilité de « dépénaliser » les comportements à problèmes en diminuant le nombre des

³⁴⁰ Rapport réponse au Postulat Savary, p. 12.

³⁴¹ Communiqué de presse de l'Alliance contre le piratage sur Internet, *Piratage sur Internet : pas de capitulation !*, 23.12.2012.

infractions réalisables. Bien qu'elles ne se définissent pas en ces termes, les propositions de licence globale ou de licence libre visent en réalité à légaliser certaines infractions aux droits d'auteur. L'effet immédiat serait de faire chuter les statistiques, mais en aucun cas de régler les nombreuses problématiques liées à ce phénomène.

Ces solutions ne sont en réalité qu'une fuite en avant, qui cèdent devant l'opinion la plus criarde du « tout gratuit » (et tout de suite) et relèguent les intérêts de l'auteur au second plan.

4.2.1 Gestion collective obligatoire

Une variante permissive prendrait vraisemblablement la forme d'une gestion collective obligatoire. C'est du reste dans ce sens qu'est rédigé le Postulat Recordon.³⁴² En comparaison avec la licence globale, cette solution aurait l'avantage d'être moins contradictoire avec les conventions internationales. Ce qui rassurerait le Conseil fédéral qui ne souhaite pas contredire les engagements internationaux de la Suisse.³⁴³ De plus, contrairement à la licence libre, elle serait réalisable à grande échelle et pour toutes les œuvres. La gestion collective serait en outre concordante avec les exigences des mouvements libertaires et notamment du Parti pirate suisse qui a fait de la libéralisation totale de l'échange à titre privé en ligne un de ses thèmes fondateurs.³⁴⁴

Cette solution aurait aussi l'avantage de reposer sur le système existant et reconnu qu'est la gestion collective facultative telle qu'elle est pratiquée par les sociétés de gestion,³⁴⁵ soit de la SUISA pour ce qui est des œuvres musicales.

Mais il faudrait limiter la solution aux usages des œuvres non commerciaux. La libéralisation des usages commerciaux n'est, d'ailleurs, que rarement une revendication des partisans des variantes permissives,³⁴⁶ l'usage privé *dévergondé* des œuvres étant leur principale préoccupation.

De plus, au vu de la situation actuelle où la grande majorité des auteurs choisissent la gestion collective de leurs droits bien qu'elle soit facultative, on peut supposer qu'ils en feraient de même dans un système semi-obligatoire, c'est-à-dire si elle était facultative pour les auteurs et leurs héritiers, mais obligatoire pour les autres ayants droit. Ils le feraient pour plus d'efficacité et de simplicité dans la défense de leurs intérêts, comme c'est le cas aujourd'hui.³⁴⁷

Néanmoins, une gestion collective semi-obligatoire aurait l'avantage de maintenir l'illusion d'une pleine titularité des droits par son auteur, tout en gardant pertinemment à l'esprit qu'en pratique la gestion collective serait la règle. Ce qui renforcerait la légitimité de ce régime notamment face au « triple test » de la Convention de Berne.

4.2.1.1 Modifications législatives et réglementations subséquentes

Les modifications législatives seraient vraisemblablement relativement limitées, pratiquement seul l'article 40 LDA devant être modifié. A savoir :

- Introduire une surveillance sur la gestion des droits de mise à disposition et de reproduction à des fins de mise à disposition (*upload*) ;
- Limiter cette solution aux échanges d'œuvres non commerciaux.

³⁴² Postulat Recordon Luc 12.3326, 16.03.2012, Vers un droit d'auteur équitable et compatible avec la liberté des Internauts.

³⁴³ Rapport réponse au Postulat Savary, p. 12.

³⁴⁴ Partipirate.ch, Manifeste du Parti Pirate Suisse, Droit d'auteur :
« http://www.partipirate.ch/programme_du_parti#urheberrecht ».

³⁴⁵ Dessemontet, Le droit d'auteur, p. 427 ss.

³⁴⁶ Smiers/Van Schijndel, Un monde sans copyright... et sans monopole, p. 39 s.

³⁴⁷ Voir point 3.1.

Cette relative simplicité ne doit pas pour autant masquer le grand travail de réglementation et de négociation dont devraient se saisir les sociétés de gestion. De nouveaux tarifs communs devraient trouver consensus. Sans oublier que la consommation par les canaux légaux de distribution risquant fortement de disparaître, il faudrait calculer les redevances de manière compensatoire. Sur ce modèle, je vous renvoie aux critiques précédemment évoquées sur la gestion collective obligatoire.³⁴⁸

A relever finalement que tant la perception que l'application de ces redevances devraient se faire en étroite collaboration avec les FAI. Cela risquerait fort d'augmenter les risques d'opposition et de retard à l'établissement de ces redevances (et donc à leur perception), laissant les auteurs sans revenus durant cette période de latence.³⁴⁹

4.3 Variante répressive

Le modèle actuellement appliqué en Suisse a été conçu, à la fois, pour une gestion et pour une mise en œuvre des droits d'auteur basées sur la possession matérielle de l'œuvre. Les modèles répressifs les plus souvent proposés ne révolutionnent en rien le contenu et la gestion des droits. Ils ne font que reprendre des principes connus du droit d'auteur en les mettant au goût du jour. Ces alternatives ne solutionnent en rien la mise en œuvre des droits et se contentent laconiquement de laisser cette question ouverte. Et c'est pourtant sur ces points que se trouvent les problèmes et les conflits d'intérêt. En effet, pour mettre en œuvre une norme quelle qu'elle soit, il faut s'en donner les moyens ; que ce soit par l'identification de l'internaute (collecte des adresses IP) ou la cessation des activités criminelles (fermeture des sites Internet, voire le blocage des adresses DNS). Car régler n'a de sens que si l'application du droit trouve sa concrétisation dans les faits.

4.3.1 Pénalisation des plateformes d'échange

Il faut bien reconnaître qu'une solution répressive est mal partie en Suisse. Contrairement à la France ou aux Etats-Unis, les milieux de la culture et du divertissement ne pèsent pas suffisamment lourd pour pouvoir lancer le débat. De plus, la création d'une autorité de contrôle rencontrerait très certainement l'opposition de nombreux et divers groupes politiques, l'emprise de l'administration fédérale étant déjà vertement critiquée. Raison pour laquelle il faut privilégier les systèmes faisant appel aux institutions et à l'organisation judiciaire existante. Actuellement, le consommateur de produits piratés bénéficie d'un statut intouchable dans l'opinion publique,³⁵⁰ ainsi vaudrait-il mieux, dans un premier temps, s'en prendre uniquement aux *dealers* et autres trafiquants de produits piratés.

Dans ces conditions une HADOPI-suisse ne serait pas opportune politiquement, tant pour son côté répressif contre l'utilisateur que pour les coûts de sa mise en place.

A l'opposé, le projet SOPA est bâti sur les institutions existantes et ne vise que les *rogue sites* et non leurs utilisateurs. Débordant de mesures innovantes, il pourrait s'agir dans le cas présent d'une bonne source d'inspiration, à ajouter aux dispositions législatives introduites

³⁴⁸ Voir point 3.1.1.1.

³⁴⁹ Comme ce fût le cas pour le tarif commun 3c dans le cas du *public viewing* ou du tarif commun 4e, pendant depuis 2010.

³⁵⁰ Le Temps.ch, *Quatre mille raisons de pirater*, 01.07.2011 :
« http://www.letemps.ch/Page/Uuid/953c7526-9e80-11e0-95c8-8451a0963bdb/Quatre_mille_raisons_de_pirater ».

par les lois HADOPI, sans pour autant reprendre le modèle d'application administratif de ces dernières.

4.3.1.1 Titre 5 chapitre 2bis LDA

L'ajout d'un chapitre 2bis au titre 5 (voies de droit) de la LDA, chapitre que connaissent en substance tant le CPI français que le titre 17 USC, permettrait d'élever en infraction la gestion de plateformes d'échange en réseaux dédiées, selon toute vraisemblance, principalement à l'échange et à la mise à disposition d'œuvres sans l'accord de leurs ayants droit.

L'activité même de gestion d'une telle plateforme serait illicite et exposerait son gestionnaire à des sanctions. Pour autant que cette activité se réalise : via un réseau, par exemple Internet ou téléphonie mobile ; que les échanges qui s'y déroulent se fassent sans l'accord de l'ayant droit, tant la mise à disposition que les échanges étant visés ; que les échanges illicites constituent l'activité principale de la plateforme et non pas qu'ils soient des actes individuels isolés.

4.3.1.1.1 Nouvel arsenal de mesures et de sanctions

Un nouveau type d'infractions implique de nouvelles mesures et sanctions. Afin de rendre crédible et efficace la lutte contre le commerce et l'échange d'œuvres piratées en ligne, ces mesures devraient être suffisamment dissuasives sans pour autant paraître excessives. Outre les mesures et sanctions que la LDA connaît déjà, dont l'amende et l'emprisonnement, il s'agirait d'en trouver de nouvelles.

Pour faire cesser définitivement les activités d'une plateforme condamnée, il faut pouvoir prendre des mesures sur les réseaux. Au-delà des mesures physiques, telle que la fermeture des serveurs situés en Suisse, le blocage d'adresses DNS permettrait la disparition du réseau même en cas d'hébergement à l'étranger. Ce qui serait efficace en cas de migration de la plateforme condamnée.

L'interdiction de conclure des contrats d'hébergement et de réserver des noms de domaines pour les gérants condamnés empêcheraient de futures infractions et la piraterie par métier. Cette mesure pourrait être avant toute chose provisoire.

La saisie et la destruction des objets ayant servis à la réalisation des infractions ou utilisés comme supports à des copies piratées est déjà envisageable en vertu de l'article 69 CP,³⁵¹ mais devrait être renforcée en pratique. Car cette mesure simple serait potentiellement la plus dissuasive et la plus percutante de toutes. Un ordinateur ou un baladeur numérique broyé sous les chenilles d'un bulldozer étant le cauchemar de tout internaute.

Le blocage des moyens de paiement à destination de plateformes illicites serait une mesure qui empêcherait les gérants de vivre d'activités criminelles en faisant commerce et recel d'œuvres numériques volées en ligne. Cependant, cette mesure n'aurait de sens que si la cessation des activités sur le territoire suisse était impossible malgré une condamnation, comme dans le cas de la migration d'une plateforme condamnée sur un serveur étranger.

Même si ces mesures ne devaient que rarement trouver application en Suisse dans le contexte globalisée de la piraterie en ligne, elles permettraient néanmoins de collaborer avec d'autres

³⁵¹ Hirsig-Vouilloz, Article 69 CP, p. 723 s.

pays disposant éventuellement de mesures similaires et dans tous les cas d'empêcher l'implantation de services criminels sur le territoire suisse.

Vu les toutes relatives chances de succès politique d'une telle variante, je ne la développerai pas plus en détail dans le présent travail.

4.4 Possibilité législative la plus probable

La clef du problème se trouve chez les intermédiaires. Sans FAI, il n'y a pas de réseau ; sans plateformes de partage, il n'y a pas d'échanges de fichiers ; sans hébergeurs, il n'y a pas de sites Internet et sans exploitants, il n'y a pas de contenu. Actuellement, les intermédiaires ne sont soumis qu'à très peu de contraintes. Ce qui ne facilite pas les démarches des ayants droit qui voient leurs droits violés sur Internet. Responsabiliser plus les intermédiaires, ce serait s'assurer leur collaboration et limiter les infractions à la source.

4.4.1 Responsabilité de l'intermédiaire

Loin de la dépénalisation qui ne peut que nuire à la création à moyen et long terme et d'une impopulaire et coûteuse entreprise aux vues plus répressives, une meilleure implication des intermédiaires dans les problématiques de la piraterie semble être un premier pas judicieux dans le renforcement des droits d'auteur, tout en évitant de trop bousculer les habitudes des uns et des autres.

Un renforcement de la responsabilité de l'intermédiaire ne créerait pas de nouvelle institution et s'appuierait entièrement sur le système juridique en place. Seuls des concepts déjà existant dans l'ordre juridique seraient repris pour les appliquer au domaine de la mise en œuvre des droits d'auteur sur Internet.

Tel serait le cas avec l'introduction d'une responsabilité objective simple des intermédiaires, sur le modèle de la responsabilité de l'employeur pour les actes commis par ses employés et auxiliaires de l'article 55 CO. Cette nouvelle disposition serait accompagnée de l'interdiction de la copie privée à partir d'une source illicite.

Cependant, si cette solution vise un appui politique solide, peut-être vaudrait-il mieux, dans un premier temps, éviter de l'appliquer aux FAI. La position particulière qu'occupent ces derniers sur le marché suisse, ainsi que leur proximité avec le politique, rendrait difficile toute entreprise législative.³⁵² Ce qui ne serait pas le cas d'une disposition visant les gestionnaires de sites Internet ou de plateformes en ligne.

4.4.1.1 Une responsabilité objective simple

Il s'agirait d'une responsabilité pour le fait d'autrui, en l'occurrence de l'intermédiaire, pour les actes illicites (mais pas nécessairement fautif) commis par l'utilisateur de ses services.³⁵³ L'intermédiaire disposerait néanmoins d'un moyen de preuve libératoire en démontrant que toutes les mesures raisonnablement exigibles de sa part ont été prises afin d'éviter qu'une infraction ne se réalise. Ce qui instituerait une véritable devoir de diligence du gérant de plateformes en ligne.³⁵⁴

C'est ainsi que le gérant d'une plateforme de partage en ligne pourrait être tenu pour responsable des infractions aux droits d'auteur commises par les utilisateurs de ses services, à moins de prouver avoir pris des mesures sérieuses afin d'éviter de tels agissements de leur

³⁵² Voir point 3.4.2.

³⁵³ Tercier, *Le droit des obligations*, p. 380 s.

³⁵⁴ Tercier, *Le droit des obligations*, p. 381.

part. L'ayant droit lésé ne serait plus confronté aux difficultés majeures d'identification de l'internaute,³⁵⁵ les gérants étant toujours identifiables ne serait-ce que pour pouvoir être rémunérés.

Des mesures raisonnablement exigibles passeraient par la mise sur pied d'une procédure interne de signalement et de retrait des œuvres et des comportements suspects, ainsi que par le retrait des contenus dont le gérant aurait connaissance du caractère illicite. L'instauration de systèmes de filtrage et de blocage serait en outre nécessaire, dans la mesure de ce qui est techniquement possible, notamment pour mettre en œuvre les instructions des titulaires de droits d'auteur.

Ces mesures peuvent trouver leur source dans des conditions d'utilisation de nature contractuelle afin de lier l'utilisateur des services et de fonder les actions que pourrait prendre l'intermédiaire.

Que ce soit les FAI ou la majorité des plateformes d'échange en ligne, l'utilisation des services est systématiquement soumise à l'acceptation de conditions générales d'utilisation. Ne serait-ce que pour la création d'un compte en ligne. Dès lors, leur non-respect expose l'utilisateur à des sanctions internes, dont l'exclusion des services de la part de l'intermédiaire.

Afin d'être libératoires, ces mesures devraient être entreprises sérieusement et systématiquement par le gérant et ne pas servir uniquement d'alibi.

4.4.1.1 Formulation

Un article 55a ou 58a CO reposerait entièrement sur le système de la responsabilité objective déjà en place et garderait une formulation calquée sur l'article 55 CO, en termes généraux et abstraits, et non limités au droit d'auteur. Cette formulation permettrait de s'affranchir de définitions techniques³⁵⁶ et de durer dans le temps, tout en ne se limitant pas aux seules infractions au droit d'auteur. Cela faciliterait, par là même, la mise en œuvre de l'ensemble du droit sur Internet, ce qui ne peut être qu'un pas constructif vers la « pacification du web ».

Bien que de nombreuses notions restent à définir plus précisément, un tel article pourrait, selon moi, prendre la formulation suivante :

« Le gérant d'un service de communication ou de partage en réseau ouvert au public est responsable du dommage causé par ses utilisateurs au moyen des services mis à disposition de ces derniers, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. »

Le destinataire de cette disposition serait le gérant, le maître de la plateforme, celui qui dispose d'un contrôle effectif sur le contenu des échanges et qui peut effectivement prendre des mesures. Cette disposition serait limitée aux services ouverts au public. Cette notion devant être comprise au sens large, bien qu'elle exclue un simple réseau domestique ou celui interne à une entreprise, puisque l'article 55 CO couvre déjà, à mon sens, ce dernier cas.

Ne seraient concernés que les services fonctionnant en réseau, que ce soit via Internet, la téléphonie mobile ou d'autres moyens en devenir. De plus ce ne serait pas le réseau en lui-même qui serait visé mais uniquement le service attaché, à savoir le gérant d'un forum ou d'une bourse d'échanges en ligne, mais pas le gestionnaire d'un point d'accès au réseau tel qu'il en existe dans de nombreux lieux publics. Seuls les actes illicites commis en relation et au moyen du service en ligne tel que proposé par le gérant seraient pertinents. Ces actes

³⁵⁵ Voir point 1.2.1.

³⁵⁶ Plaidoyer, 3/2012, Débat, « Renforcer la responsabilité des intermédiaires sur Internet », p. 7.

illicites ne nécessiteraient pas de caractère fautif, comme c'est déjà le cas en ce qui concerne la responsabilité de l'employeur.³⁵⁷

La violation des droits d'auteur constitue désormais un risque certain inhérent à tout moyen de partage et de communication en ligne. Ce risque doit être assumé en premier lieu par ceux sans qui il ne prendrait pas les proportions actuelles et qui en sont les principaux bénéficiaires. Cela implique un devoir de diligence accru de la part des gérants qui doivent dorénavant prendre la mesure de leur responsabilité, comme c'est déjà parfois le cas pour le gestionnaire d'un forum.³⁵⁸

4.4.1.2 Politique du « MP3 propre »

Les mesures prises à l'encontre de l'intermédiaire ne se révéleraient pleinement efficaces qu'au travers de la suppression de l'exception d'usage privé depuis une source illicite. Cela aurait l'avantage de renverser la présomption qui prévaut actuellement et qui veut que les téléchargements d'œuvres musicales en ligne soient a priori licites sauf s'ils sont accompagnés d'une mise à disposition.³⁵⁹ L'objectif ne serait pas de poursuivre l'ensemble des utilisateurs, mais de prendre plus facilement des mesures à l'encontre des sites d'échanges en ligne ; l'élément d'illicéité des échanges s'y pratiquant étant plus aisément démontrable.

Sans compter que le gérant d'une plateforme de partage pourrait être poursuivi tant pour la mise à disposition que pour le téléchargement d'une œuvre piratée. Augmentant d'autant les raisons de prendre au sérieux son devoir de diligence.

La plupart des ordres juridiques, notamment en France et en Allemagne, font cette distinction de licéité de la source, indice de sa pertinence.

Tout comme il existe désormais une politique de l'argent propre dans le secteur bancaire, pourquoi ne pas faire pareil et mener une politique du « MP3 propre » au lieu de continuer d'accepter les « œuvres sales » du monde entier ? Cela ne peut en aucun cas desservir les intérêts des auteurs, ni ceux des utilisateurs, et encore moins ceux du pays.

4.4.1.3 Rétablir la valeur de l'œuvre sans criminaliser l'utilisateur

Un avantage non négligeable de cette variante est qu'elle ne créerait pas de nouvelle infraction pénale. Elle ne criminaliserait pas d'avantage le consommateur ou le fournisseur mais se contenterait de favoriser la mise en œuvre des prétentions civiles des ayants droit victimes de violations de leurs droits sur Internet. Est visée la réparation du dommage et donc l'aspect pécuniaire des échanges en ligne. Car c'est bien là tout l'attrait du piratage : la gratuité d'accès au répertoire.

Rendre accessible le porte monnaie des fraudeurs aux ayants droits, c'est rétablir la valeur des œuvres accessibles en ligne. Mesure à l'effet tant éducatif que punitif et qui permet ce qui doit en premier lieu être rétabli : la juste rémunération de l'auteur.

³⁵⁷ Tercier, le droit des obligations, p. 380.

³⁵⁸ Suite à l'arrêt du TF 6B_645/2007, voir point 1.2.3.3.

³⁵⁹ Voir point 1.2.2.3.1.

Conclusion

Les biens immatériels ont toujours été, par leur nature même, difficiles à concevoir et à protéger. A ce titre, le droit d'auteur a longtemps été écarté de la protection juridique. Désormais reconnu et protégé pour sa haute valeur culturelle et économique, il ne doit pas être mis sur la touche au prétexte d'un bouleversement technique qui, en réalité, ne fait que révéler une fois de plus la nature abstraite et conceptuelle de ce droit. Tout comme l'imprimerie ou la cassette audio ont pu conduire, en leur temps, à remettre en question le droit en vigueur et à relever de nouveaux défis dans la gestion des droits d'auteur, Internet et l'œuvre numérique soulèvent aujourd'hui de nombreuses interrogations et doivent nous pousser, non pas à repenser l'œuvre, mais sa protection.

Dans ce nouvel univers virtuel, agrégat de 0 et de 1, le droit suisse actuel est principalement mis en œuvre en protégeant la possession du support de l'œuvre ; il ne permet pas de défendre les intérêts des auteurs avec satisfaction. Les droits d'auteur restent bien souvent négligés sur les différents réseaux nationaux et internationaux, les œuvres étant copiées, partagées et revendues sans l'accord de leur auteur et sans que ce dernier ne tire bénéfice de l'usage fait de ses œuvres. Au final, il est privé de ses droits, de ses œuvres, des revenus de son travail.

Paradoxalement, le contenu des droits et l'équilibre trouvé par le législateur n'est que rarement contesté. D'ailleurs, la plupart des alternatives supposées révolutionner l'œuvre et son auteur ne sont, en réalité, bien souvent que des moyens d'exercice et de gestion dérivés des droits existants. Le problème réside donc plus dans la mise en œuvre du droit que dans son contenu positif.

Dans un cyberspace, nouvelle frontière illimitée et encore insoumise, la violation du droit d'auteur n'est que l'un des signes d'une situation de non-droit généralisée. Bien que les ordinateurs et autres outils soient à la pointe de la technique et que les technologies mises en œuvre soient des plus innovantes et perfectionnées, les comportements dans ces vastes étendues virtuelles sont à la fois barbares et indignes des valeurs de nos sociétés. Devant le pillage systématique du répertoire musical mondial ainsi que le recel et le trafic organisé au détriment des auteurs, les autorités ne peuvent plus demeurer fatalistes et continuer de prôner le *statu quo*. Il leur appartient désormais de prendre la mesure des risques créés par ce *no man's land* juridique et d'entreprendre une « pacification du web » afin d'y chasser pirates, mercenaires et autres forbans.

La création de moyens d'intervention adéquats ne peut passer que par des modifications législatives. Et de multiples possibilités sont envisageables ! Que ce soit une approche par la surveillance des utilisateurs, la pénalisation de certaines activités en ligne, la responsabilisation accrue de l'utilisateur et de l'intermédiaire, une approche unilatérale et musclée, ou encore une coopération internationale accrue. Les moyens sont disponibles et apportent tous un effet positif sur les activités d'échange illicite d'œuvres musicales en ligne : HADOPI a rendu impopulaire le florissant échange *peer-to-peer* ; tandis que la fermeture unilatérale de *Megaupload* a privé la planète entière du répertoire le plus utilisé, copié et recopié de fichiers piratés.

Ces solutions ont comme dénominateur commun une volonté politique assumée et le courage d'entreprendre des actions efficaces et légitimes contre un phénomène nuisible. Malgré les difficultés législatives et la défiance généralisée d'une opinion publique virtuelle anonyme face à ces tentatives de mise en œuvre du droit, le législateur suisse doit prendre ses responsabilités et remplir son mandat de protection des droits d'auteur.

Dans le contexte suisse, une responsabilité objective des gérants de plateformes d'échange et de communication semble un premier pas tout à fait opportun. Loin de traquer les utilisateurs et d'interférer avec leur vie privée, ce nouveau devoir de diligence viserait les fournisseurs et, par là même, la source des échanges d' « œuvres sales ».

Simple, car reprenant des concepts connus de notre ordre juridique, un nouvel article complétant le CO, calqué sur l'article 55 CO et la responsabilité de l'employeur pour ses auxiliaires, n'impliquerait sans doute pas un contrôle ou une surveillance accrue d'Internet et des réseaux de communication, mais viserait principalement à favoriser la mise en œuvre des prétentions des ayants droit. Car le régime actuel de l'article 41 CO ne permet pas de donner pleine satisfaction aux ayants droit et ce, principalement, en raison des difficultés de preuves liées à la complexité des réseaux. D'une rédaction générale et abstraite, cette disposition serait indépendante de l'évolution technologique. Ainsi, pour toute plateforme d'échange active sur Internet ou d'autres réseaux, son gérant serait tenu pour responsable des dommages causés par les utilisateurs de ses services. Toutefois le gérant pourrait, à l'instar de l'employeur, se libérer s'il prouve qu'il a entrepris toutes les mesures raisonnablement exigibles afin de prévenir le dommage. Ce nouveau devoir de diligence pousserait sans aucun doute les gérants de plateformes à plus de vigilance et au bannissement des comportements peu scrupuleux grâce à leurs services.

Afin de garantir la mise en place d'une politique du « MP3 propre », la copie privée ne devrait plus se faire licitement depuis une source piratée. Dès lors il ne serait plus possible de se prévaloir de la présomption que la participation à un réseau en ligne est licite. Cela faciliterait une fois de plus la mise en œuvre du droit et doublerait le risque pour le gérant, l'incitant ainsi à d'autant plus de vigilance.

Cette solution offrirait aussi l'avantage de ne pas pénaliser ou interdire les plateformes d'échanges en réseaux, mais de faciliter la réparation des dommages subis par les ayants droit. L'attrait du téléchargement à partir de sources illicites est avant tout sa gratuité. Intervenir par le droit civil sur le porte-monnaie des contrevenants serait plus efficace et ne comporterait pas l'aspect répressif et impopulaire d'une réglementation pénale.

Une fois de plus, quelles que soient la validité et la pertinence des solutions envisagées, encore faut-il avoir la volonté politique de les appliquer, de démontrer une fois de plus le rôle que doit avoir le droit dans notre société et de faire en sorte que la justice soit la même pour tous, indépendamment de l'évolution de l'environnement technologique.