

IRIS *plus*

Une série de publications de
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

**Le respect du
droit d'auteur en ligne :
politiques et mécanismes**

IRIS *Plus* 2015-3



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

IRIS Plus 2015-3

Le respect du droit d'auteur en ligne : politiques et mécanismes

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015

ISSN 2079-1070

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs

Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Christian Grece, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Traduction / Relecture

Ronan Fahy, Johanna E. Fell, Julie Mamou, Jean-Pierre de Mongenot, Sonja Schmidt

Assistants éditoriaux – Snezana Jacevski, Olivier Mabilat

Marketing – Markus Booms, markus.booms@coe.int

Presse et relations publiques – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Editeur

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau

F-67000 Strasbourg, France

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Maquette de couverture - P O I N T I L L É S, Hoenheim, France

Veillez citer cette publication comme suit

Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Christian Grece, Sophie Valais, *Le respect du droit d'auteur en ligne : politiques et mécanismes*, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2015

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Le respect du droit d'auteur en ligne : politiques et mécanismes

Francisco Javier Cabrera Blázquez

Maja Cappello

Christian Grece

Sophie Valais



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE



Avant-propos

L'univers des pirates est baigné d'une aura romantique. Le terme latin « pirate » désigne un « marin, corsaire, brigand des mers » et provient du mot grec « *peirates* », c'est-à-dire « ceux qui attaquent ». La racine de ce mot grec (-per) a le sens de « entreprendre, tenter fortune », dont dérive le mot latin « *peritus* », c'est-à-dire « qui a de l'expérience »¹, ce qui renforce l'idée d'une dimension héroïque. La signification de ce terme a commencé à évoluer dès qu'un lien s'est établi avec la valeur des biens ainsi dérobés : les pirates n'étaient pas des Robin des Bois, mais de véritables voleurs, peut-être simplement un peu plus rusés que la moyenne.

Comme l'aurait dit Jack Sparrow, les pirates font main basse sur ce qu'ils peuvent prendre [...] et n'offrent rien en retour². C'est la difficulté avec les voleurs : leur activité ne profite à personne d'autre qu'à eux-mêmes, mais elle est préjudiciable aux activités commerciales légales d'autrui. Lorsqu'il s'agit de production et de diffusion d'œuvres de création, cette activité peut s'avérer fatale pour la diversité culturelle. Il est donc fondamental de veiller à ce que le piratage ne dépouille pas les titulaires de droits.

Un autre sens donné au terme « pirate », « celui qui utilise le travail d'autrui sans son autorisation », est attesté pour la première fois en 1701, quelques années avant l'adoption de la loi de 1710 de la Reine Anne, le premier texte de loi de Grande-Bretagne à prévoir la réglementation du droit d'auteur par les pouvoirs publics et les tribunaux au lieu de la voie contractuelle entre parties privées³. L'origine de la protection du droit d'auteur est par conséquent très ancienne, ce qui explique par ailleurs la recherche constante d'instruments capables d'assurer le respect effectif de cette protection du droit d'auteur.

Le besoin de faire respecter cette pratique est plus indispensable encore dans l'environnement en ligne, où le fait « d'utiliser le travail d'autrui sans son autorisation » s'avère particulièrement facile et n'est souvent pas perçu comme une infraction à une quelconque législation : pour bien des internautes, les « sites de piratage » offrent des services totalement gratuits dans le respect apparent de la légalité. De même, il devient de plus en plus difficile, voire controversé, de faire respecter le droit d'auteur, en raison de l'existence généralisée de sites apparemment professionnels, qui permettent d'accéder à l'intégralité des archives d'œuvres protégées, arborent les logos de services de paiements intermédiaires et vont jusqu'à proposer des abonnements à leurs prestations, sans parler des publicités qu'ils diffusent.

Ce rapport ne prétend pas apporter une réponse aux questions que ces pratiques soulèvent à propos de l'impact économique du piratage sur les activités de création, mais vise à orienter nos lecteurs dans le dédale d'informations publiées à ce sujet. Ce débat devient particulièrement passionnel lorsqu'il s'agit de mettre en balance le droit fondamental à la protection du droit d'auteur

¹ Voir le terme « pirate » dans le dictionnaire étymologique en ligne, <http://www.etymonline.com/index.php?term=pirate> (en anglais).

² Formule tirée de la série de films « Pirates des Caraïbes » (*Walt Disney Pictures*), voir http://pirates.wikia.com/wiki/Take_what_you_can,_give_nothing_back.

³ Voir <http://www.copyrighthistory.com/anne.html> (en anglais).



avec d'autres droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, ce qui montre à quel point la question offre matière à réflexion pour les décideurs politiques.

Ce rapport a pour ambition de donner un aperçu de l'évolution jusqu'à présent de la protection du droit d'auteur en ligne. Après avoir présenté le contexte, exposé les principales tendances du marché de l'audiovisuel et examiné les faits et les chiffres du piratage de manière à remettre le sujet dans son contexte (chapitre 1), nous étudierons le cadre juridique international et de l'Union européenne (chapitre 2), avant de découvrir les modèles nationaux les plus innovants de mécanismes de protection en ligne du droit d'auteur adoptés par les pouvoirs publics (chapitre 3) et dans le cadre d'initiatives d'autorégulation (chapitre 4). Nous analyserons ensuite une sélection d'exemples pertinents de la jurisprudence de l'Union européenne et de divers pays (chapitre 5) et concluons par une présentation de l'état actuel du processus décisionnel (chapitre 6).

D'après certains auteurs, « en années internet, une génération d'information équivaut à huit ans »⁴. Cette affirmation devient particulièrement évidente lorsqu'il s'agit de rendre compte d'une question aussi dépendante de la technologie que l'est la lutte contre les atteintes en ligne au droit d'auteur. Les premières publications de l'Observatoire sur ce sujet remontent à quinze ans⁵ ; l'examen de la liste suivante de ses publications juridiques consacrées au piratage montre combien d'eau a coulé sous les ponts tout au long de ces années :

- IRIS Plus 2000-4, « MP3 : usage loyal ou déloyal ? »
- IRIS Plus 2002-2, « Films en ligne : équilibre entre droits d'auteur et usage loyal »
- IRIS Plus 2007-1, « Systèmes de gestion des droits numériques : dernières évolutions en Europe »
- IRIS Plus 2008-3, « Les plateformes de contenus générés par l'utilisateur et le droit d'auteur »
- IRIS Plus 2009-2, « Filtrage des contenus protégés par le droit d'auteur sur internet en Europe »
- IRIS Plus 2012-1, « Réponses au piratage sur internet »
- IRIS Plus 2014-4, « L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur ».

⁴ OCLC, B. Gauder (éd.), « A Long View—In Internet Time », *Perceptions of Libraries, 2010: Context and Community*, http://www.oclc.org/content/dam/oclc/reports/2010perceptions/2010perceptions_all_singlepage.pdf.

⁵ F.J. Cabrera Blázquez et S. Nikoltchev, « MP3 : Usage loyal ou déloyal ? », IRIS Plus 2000-4, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264569/IRIS+plus+2000fr1LA.pdf> ;

F.J. Cabrera Blázquez et S. Nikoltchev, « Films en ligne : équilibre entre droits d'auteur et usage loyal », IRIS Plus 2002-2, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264573/IRIS+plus+2002fr2LA.pdf> ;

F.J. Cabrera Blázquez, « Systèmes de gestion des droits numériques : dernières évolutions en Europe », IRIS Plus 2007-1, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264583/IRIS+plus+2007fr1LA.pdf> ;

F. J. Cabrera Blázquez, « Les plateformes de contenus générés par l'utilisateur et le droit d'auteur », IRIS Plus 2008-3, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264585/IRIS+plus+2008fr3LA.pdf> ;

C. Angelopoulos, « Filtrage des contenus protégés par le droit d'auteur sur internet en Europe », IRIS Plus 2009-2, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264587/IRIS+plus+2009fr2LA.pdf> ;

S. Nikoltchev (éd.), « Réponses au piratage sur internet », IRIS Plus 2012-1, http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/Iris_plus_2012-1_FR_FullText.pdf ;

S. Nikoltchev (éd.), « L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur », IRIS Plus 2014-4, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/IRIS%2B2014-4+FR+complet.pdf/a3de2927-23c3-4e13-9b05-f6bcd8092af3>.



Nous tenons à remercier tout particulièrement Ismail Rabie qui nous a été d'une aide précieuse dans nos recherches bibliographiques.

Strasbourg, decembre 2015

Maja Cappello

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations Juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel





Table des matières

1. Le contexte.....	7
1.1. Le marché audiovisuel de l'Union européenne à l'ère du numérique	8
1.1.1. Les tendances du marché du divertissement payant	8
1.1.2. L'augmentation des services à la demande en Europe	8
1.1.3. Les tendances du marché de la publicité.....	10
1.2. L'impact des atteintes au droit d'auteur sur l'industrie audiovisuelle européenne	12
1.2.1. La guerre des chiffres.....	13
1.2.2. La sensibilisation du public au droit d'auteur.....	18
2. Le cadre juridique international et de l'Union européenne	25
2.1. Les dispositions internationales pertinentes en matière de respect du droit d'auteur	25
2.1.1. Des Conventions de l'OMPI aux Traités internet	26
2.1.1.1. Les premières normes minimales visant au respect du droit d'auteur dans la Convention de Berne	26
2.1.1.2. L'adaptation des normes aux technologies numériques par les Traités internet	27
2.1.2. L'Accord sur les ADPIC, une étape déterminante.....	28
2.1.3. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.....	29
2.1.4. Les évolutions en matière de respect du droit d'auteur postérieures à l'Accord sur les ADPIC.....	30
2.1.5. Le respect du droit d'auteur et les droits de l'homme	31
2.2. Le cadre juridique de l'UE relatif à la lutte contre les atteintes en ligne aux droits de propriété intellectuelle	32
2.2.1. Les atteintes au droit d'auteur dans le droit de l'UE	32
2.2.1.1. Les obligations générales selon la directive InfoSoc.....	32
2.2.1.2. La réparation au civil prévue par la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle	33
2.2.1.3. L'absence d'harmonisation des sanctions pénales au sein de l'UE	35
2.2.1.4. La compétence judiciaire et le droit applicable	36
2.2.2. Les limites de la réglementation de l'UE en matière de lutte contre les atteintes en ligne au droit d'auteur.....	38
2.2.2.1. Le régime d'exonération de responsabilité des fournisseurs de services internet prévu par la directive sur le commerce électronique.....	38
2.2.2.2. Respect du droit d'auteur contre protection des données	41
2.2.3. La stratégie de l'UE dans les pays tiers en vu du respect des droits de propriété intellectuelle	42
3. Le cadre juridique national	45
3.1. Des traditions et systèmes juridiques différents	45
3.2. Des méthodes différentes pour assurer le respect du droit d'auteur en ligne	45



3.2.1. Les personnes visées.....	46
3.2.2. Le type d'infraction et de procédure.....	47
3.2.3. Les types de mesures imposées.....	48
3.3. Les exemples nationaux.....	49
3.3.1. La France.....	50
3.3.2. L'Italie.....	52
3.3.3. L'Espagne.....	54
3.3.4. Le Royaume-Uni.....	55
4. Les initiatives d'autorégulation de l'industrie.....	57
4.1. Les initiatives motivées par des considérations économiques : « suivez l'argent ».....	57
4.2. Les approches dépourvues de dimension financière.....	59
4.2.1. Les procédures de notification et de retrait.....	59
4.2.2. Les mesures positives : l'offre légale et la sensibilisation du public.....	61
5. La jurisprudence.....	63
5.1. Le droit de communication au public sur internet.....	63
5.1.1. La diffusion en <i>streaming</i> sur internet de programmes télévisuels.....	64
5.1.2. Les hyperliens.....	66
5.1.3. Les insertions.....	67
5.2. Les exceptions au droit d'auteur.....	68
5.3. L'identité des contrevenants.....	70
5.4. La responsabilité accessoire des fournisseurs de services internet.....	71
5.5. La compétence judiciaire et le droit applicable à la diffusion transfrontière d'œuvres protégées.....	73
5.5.1. La compétence judiciaire.....	74
5.5.2. Le droit applicable.....	75
6. Etat des lieux du processus décisionnel.....	77
6.1. Lutter plus efficacement contre les contenus illicites en ligne.....	77
6.1.1. Le réexamen du respect au civil des droits de propriété intellectuelle.....	78
6.1.2. Vers la définition d'un cadre de l'UE pour la procédure de notification et action.....	79
6.1.3. La nouvelle stratégie de l'UE : privilégier l'approche « suivez l'argent ».....	80
6.1.4. Remarques finales.....	83



1. Le contexte

La propriété intellectuelle revêt une importance considérable pour la compétitivité du secteur audiovisuel européen et est par ailleurs créatrice de richesse et d'emplois. Selon un rapport conjoint établi par l'Office européen des brevets⁶ et l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur⁷, près de 39 % de l'ensemble de l'activité économique au sein de l'Union européenne (soit environ 4 700 milliards EUR par an), est générée par des entreprises qui font un usage intensif des droits de propriété intellectuelle (DPI), et près de 26 % de l'ensemble des emplois au sein de l'Union européenne (56 millions d'emplois) sont directement proposés par ce secteur d'activité, tandis que 9 % des emplois de l'UE découlent indirectement des entreprises qui font un usage intensif des droits de propriété intellectuelle⁸.

En leur qualité d'industries fondées sur les droits de propriété intellectuelle, les secteurs professionnels européens de la culture et de la création contribuent de manière substantielle à la croissance économique, à l'emploi, à l'innovation et à la cohésion sociale en Europe. La Commission européenne⁹ estime qu'ils représentent environ 4,5 % du produit intérieur brut européen et rassemblent près de 3,8 % de la population active de l'Union européenne, soit 8,5 millions de personnes. Ces secteurs contribuent à l'innovation, au développement des compétences et à la redynamisation urbaine, et ont par ailleurs un impact positif sur le tourisme et l'information, ainsi que sur les technologies de communication.

A l'instar du reste des industries du domaine de la culture et de la création, le secteur de l'audiovisuel dépend en grande partie du droit d'auteur pour assurer la protection de ses activités de création et de ses investissements financiers. Mais à l'ère de la reproduction numérique, le respect des droits d'auteur se révèle de plus en plus difficile. En outre, les citoyens sont bien peu sensibles à l'importance du droit d'auteur et des millions de personnes à travers le monde téléchargent et partagent illégalement leurs films et séries préférés sans aucun remords. Cette situation survient dans un contexte de profonde mutation du secteur de la culture et de la création.

Le présent chapitre 1) donne une vue d'ensemble du marché de l'audiovisuel de l'Union européenne, 2) analyse l'impact des atteintes au droit d'auteur sur l'industrie audiovisuelle de l'Union européenne et 3) examine l'importance de la sensibilisation du public au droit d'auteur dans la lutte contre le piratage.

⁶ https://www.epo.org/index_fr.html.

⁷ <https://oami.europa.eu/ohimportal/fr/>.

⁸ Office européen des brevets et Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, « Secteurs à forte intensité de droits de propriété intellectuelle : contribution aux résultats économiques et à l'emploi dans l'UE », Rapport d'analyse au niveau de l'industrie, septembre 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/intellectual-property/studies/index_fr.htm.

⁹ Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne : Culture et audiovisuel », 2014, http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/fr/culture_audiovisuel_fr.pdf



1.1. Le marché audiovisuel de l'Union européenne à l'ère du numérique

1.1.1. Les tendances du marché du divertissement payant

Les revenus tirés de la distribution de vidéos sur un support matériel, c'est-à-dire la vente au détail et la location de DVD et de disques Blu-ray, accusent une forte tendance à la baisse dans la mesure où la diffusion de vidéos numériques remplace ce support matériel. Ainsi, selon les données de la société d'études de marché IHS¹⁰, les recettes de la distribution de vidéos sur un support matériel de 17 pays¹¹ de l'Union européenne sont passées de 8,7 milliards EUR en 2009 à 6,2 milliards EUR en 2013, ce qui représente une perte de 2,5 milliards EUR en cinq ans, soit une diminution de près de 30 %. Au cours de cette même période, la vidéo numérique (OTT et TV VàD¹²) est quant à elle passée de 461 millions EUR en 2009 à 1,8 milliard EUR en 2013, soit une augmentation de 291 % représentant une progression de 1,34 milliard EUR. Cet engouement pour le numérique et cette progression en valeur ne suffisent cependant pas à couvrir les pertes liées à la diminution de la consommation de supports matériels, puisque les recettes totales du marché du divertissement à domicile (aussi bien des vidéos numériques que des vidéos sur support matériel) de ces 17 pays de l'Union européenne sont passées de 9,16 milliards EUR en 2009 à 8 milliards EUR, soit une perte totale de 1,16 milliard EUR ou une diminution de 12,7 %. Cette transition vers la diffusion de vidéos numériques se traduit à l'heure actuelle par une perte de revenus pour les titulaires de droits et les créateurs du secteur du divertissement payant.

Les chiffres mentionnés ci-dessus révèlent clairement la phase transitoire que connaît le marché audiovisuel européen. Internet a permis l'arrivée de nouveaux concurrents sur un marché jusqu'alors fermé et réglementé, ce qui a modifié les rapports de force entre les acteurs du marché et instauré un nouveau paradigme. Les acteurs européens, confrontés à une concurrence internationale accrue doivent par conséquent s'adapter à ce nouveau contexte. Les nouveaux modèles commerciaux et les nouvelles structures du marché mis en place grâce à internet viennent concurrencer ceux qui existaient autrefois. Ces nouveaux marchés se caractérisent à leurs débuts par des phases de forte croissance.

1.1.2. L'augmentation des services à la demande en Europe

La croissance des services audiovisuels repose sur le marché des services audiovisuels à la demande. Un examen plus approfondi du sujet nous révèle que les données de l'IHS publiées dans l'Annuaire 2014¹³ de l'*International Video Federation* (Fédération internationale de la vidéo – IVF) établissent une distinction entre les services OTT VàD (« vidéo numérique » dans la terminologie de l'IHS) et la

¹⁰ Voir l'Annuaire 2014 de l'Observatoire européen de l'audiovisuel :

http://www.obs.coe.int/fr/shop/yearbook/-/asset_publisher/ip2j/content/yearbook-2014.

¹¹ L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni et la Suède.

¹² Selon la définition retenue par l'IHS, la TV VàD englobe uniquement les séries télévisées et les films (à l'exclusion du sport, des événements en direct et des contenus destinés aux adultes) proposés par les services de télévision à péage sous forme de VàD au moyen d'un espace clos (walled garden) ; cette définition exclut la VàD par abonnement.

¹³ IVF – Annuaire 2014, http://www.ivf-video.org/new/public/media/EU_Overview_2014.pdf (uniquement en anglais).



TV VàD (c'est-à-dire les services à la demande des réseaux gérés, comme ceux que proposent les services de la télévision à péage, qui sont par conséquent la plupart du temps établis dans le pays où ces services sont fournis et gérés par des acteurs nationaux).

Afin de comprendre la dynamique du marché des services audiovisuels à la demande, il est indispensable d'examiner plus attentivement ces chiffres et leur évolution au cours des cinq dernières années. La consommation de vidéo à la demande (numérique et TV VàD) représentait 443,8 millions EUR en 2009 dans les 14 pays¹⁴ de l'Union européenne dans lesquels l'IHS a analysé les dépenses des consommateurs. Il convient de noter que les dépenses des consommateurs en matière de TV VàD correspondaient en 2009 à 78 % de l'ensemble des dépenses de services à la demande (VàD). Cette situation s'est totalement inversée en à peine cinq ans. En 2013, la consommation de services à la demande a généré un total de 1,7 milliard EUR, soit une augmentation de 282 % par rapport à 2009. La consommation de vidéo OTT, c'est-à-dire les services vidéo dont la diffusion s'effectue sur internet et n'est pas contrôlée sur un réseau géré par des acteurs généralement nationaux de télévision à péage, représentait 60 % des dépenses totales des consommateurs.

En à peine cinq ans, la dynamique du marché est passée de la domination de la TV VàD, c'est-à-dire essentiellement des opérateurs de télévision à péage et des radiodiffuseurs commerciaux nationaux, aux acteurs de services OTT qui diffusent leurs contenus sur internet et sont soumis à une réglementation plus souple lorsqu'ils exercent leur activité en dehors de l'Union européenne. Cette nouvelle donne nous montre comment internet a modifié l'équilibre du marché en passant d'une concurrence nationale (opérateurs nationaux de services TV VàD) à une concurrence « over-the-top » (OTT) internationale avec les nouveaux acteurs du marché.

L'émergence des services de *Subscription Video-on-demand* (vidéo à la demande par abonnement – SVàD), notamment avec l'arrivée de Netflix dans 14 pays¹⁵ de l'Union européenne, est une autre grande tendance observée au cours de ces deux dernières années. En 2013, selon les données de l'IVF et d'IHS, les services OTT SVàD ont représenté une dépense de consommation de 520,9 millions EUR, soit une hausse de 147,5 % par rapport à 2012, faisant ainsi du SVàD le modèle commercial qui a connu la croissance la plus importante et la plus rapide parmi les services OTT de vidéo à la demande. Il convient toutefois de noter que quatre marchés, à savoir le Royaume-Uni, la Finlande, la Norvège et la Suède, ont représenté les trois quarts des dépenses de consommation de SVàD en 2013. Les services de SVàD, qui pour une somme forfaitaire généralement comprise entre 8 et 10 EUR par mois permettent à leurs abonnés de visionner l'intégralité des contenus figurant sur leur catalogue, se révèlent particulièrement attrayants pour les consommateurs. Cet engouement pour les services de SVàD transparaît dans la rapidité avec laquelle ces services ont été adoptés par les consommateurs au Royaume-Uni (la valeur du marché britannique de la SVàD est passée de 28 millions GBP en 2009 à 437 millions GBP en 2014 et devrait dépasser 1 milliard GBP d'ici à 2019¹⁶), même si le Royaume-Uni est l'un des marchés les plus avancés de l'Union européenne en matière de divertissement numérique. Le développement des services de SVàD permet désormais à

¹⁴ L'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède.

¹⁵ Au moment de la rédaction de cette publication, Netflix proposait ses services de SVàD en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en France, en Allemagne, en Irlande, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni.

¹⁶ Digital TV Europe, « UK SVoD market to pass £1 billion by 2019 » (uniquement en anglais), 23 mars 2015, <http://www.digitaltveurope.net/342182/uk-svod-market-to-pass-1-billion-by-2019/>.



ces « nouveaux » services numériques de présenter également un attrait pour des générations de consommateurs plus âgées que celles des premiers adeptes de ces services¹⁷.

A mesure que ces offres se développent dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, principalement en raison de l'arrivée de Netflix et de la réaction des acteurs nationaux face à cette nouvelle donne, les services de SVàD et la valeur de ce marché susciteront un vif intérêt en Europe occidentale et, dans une moindre mesure, en Europe centrale et orientale. Selon les estimations d'IHS Technology, le nombre d'abonnés à Netflix devrait passer de 3 millions en 2013 à 21 millions en 2019 en Europe occidentale et à 19,9 millions pour l'Union européenne en 2019¹⁸. L'arrivée de Netflix sur le marché européen a fait office de catalyseur pour les autres acteurs et, comme l'indique S. Murray :

La SVàD s'est développée bien plus vite que nous nous y attendions il y a un an dans notre précédente édition. Une partie de cette croissance a été stimulée par la volonté de Netflix de s'établir dans 200 pays d'ici à la fin 2016. Le lancement de Netflix a donné une forte impulsion à chaque marché, mais l'anticipation même de ce lancement a incité les acteurs locaux à agir et à générer un tourbillon d'activités promotionnelles¹⁹.

1.1.3. Les tendances du marché de la publicité

D'après Warc²⁰, la publicité télévisuelle au sein des 28 Etats membres de l'Union européenne a connu un taux de croissance annuel composé de +1,3 % sur la période 2009-2013. Au cours de la même période, le taux de croissance annuel composé de la publicité sur internet s'est quant à lui élevé à +15 %. En effet, la publicité en ligne, qui permet de cibler avec davantage de précision les consommateurs au moyen du « *big data* »²¹ et de mieux interagir avec le consommateur, et donc de mieux se mettre en rapport avec lui, est devenue plus attractive pour les annonceurs, même si des interrogations subsistent quant à son efficacité et son efficacité. D'autres facteurs permettent d'expliquer cette croissance rapide de la publicité sur internet :

- la forte augmentation des dispositifs mobiles (smartphones²², tablettes²³) chez les citoyens de l'Union européenne et l'augmentation correspondante de la publicité mobile ;

¹⁷ Au Royaume-Uni, 38 % des 35-45 ans ont eu recours aux services de SVàD en 2014, ce qui représente une augmentation de 7 points ; le recours aux services de SVàD par 35 % des 45-54 ans a connu la plus forte augmentation par rapport à 2013, soit une hausse de 15 points. Voir Warc, « *Older viewers turn to SVOD* » (uniquement en anglais), 25 mai 2015, http://www.warc.com/Content/News/N34804_Older_viewers_turn_to_SVOD.content?PUB=Warc%20News&CID=N34804&ID=665db27c-3a9e-4a73-aeb4-7bbd0e41dead&q=&qr=.

¹⁸ R. Briel, « *Western Europe Netflix Subscribers will more than double by 2019, according to IHS Technology* » (uniquement en anglais), IHS, article publié dans *Broadband TV News*, 9 juin 2015, <http://www.broadbandtvnews.com/2015/06/09/netflix-subscribers-to-more-than-double-in-western-europe/>.

¹⁹ S. Murray, « *OTT TV and video revenues to rocket to \$51 billion* », *BroadbandTV News*, 15 juin 2015, disponible en anglais sur : <http://www.broadbandtvnews.com/2015/06/15/ott-tv-and-video-revenues-to-rocket-to-51-billion/>.

²⁰ <http://www.warc.com/>.

²¹ Voir S. Nikoltchev (éd.), « Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence », IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2014, http://www.obs.coe.int/shop/irisspecial/-/asset_publisher/A0cy/content/iris-special-2014-new-forms-of-commercial-communications.

²² En Europe occidentale, on estime le taux de pénétration de l'utilisation d'internet par téléphone mobile à 48,2 % de la population en 2014 ; ce chiffre devrait passer à 66 % de la population totale en 2017. Voir eMarketer, « *Nearly Half of Western Europeans Will Use Mobile Web This Year* » (uniquement en anglais), 7 janvier 2014, <http://www.emarketer.com/Article/Nearly-Half-of-Western-Europeans-Will-Use-Mobile-Web-This-Year/1010510>.



- l'augmentation de la publicité vidéo en ligne, qui permet aux annonceurs de mettre en avant les marques dans un récit publicitaire grâce à une meilleure connexion des réseaux internet fixes et mobiles au haut débit et au nombre croissant d'appareils connectés (dispositifs mobiles, Smart TV, boîtiers HDMI²⁴, consoles de jeu, lecteurs de médias, etc.) utilisés pour visionner en ligne des contenus vidéo²⁵. Les sommes dépensées pour la publicité vidéo en ligne ont ainsi augmenté de 45,1 % de 2012 à 2013 dans 17 pays²⁶ de l'Union européenne, passant ainsi de 714 millions EUR en 2012 à 1,03 milliard EUR en 2013²⁷ ;
- la croissance prévue des dépenses publicitaires sur les réseaux sociaux, qui s'élevait à 3,68 milliards USD en 2014 et devrait atteindre 6,85 milliards en 2017²⁸ en Europe occidentale ; les 520 millions USD dépensés en 2014 en Europe centrale et orientale devraient passer à 790 millions USD en 2017 ;
- l'importance accrue des systèmes de vente aux enchères en temps réel et des programmes²⁹ d'achat et de vente des publicités, c'est-à-dire l'utilisation d'un logiciel piloté par des données pour acheter et vendre de manière automatisée un stock de publicités³⁰.

Ces modifications importantes de l'écosystème publicitaire et cette mutation en faveur de l'espace numérique où dominent des sociétés à la pointe de la technologie comme Google, Facebook et Amazon³¹ se traduiront selon les conclusions d'IHS par une situation dans laquelle la télévision ne représentera pas plus de 27 % de l'ensemble du marché publicitaire d'Europe occidentale en 2017³².

²³ Dans cinq pays de l'Union européenne (l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni), le taux de pénétration des tablettes était de 31,3 % de la population en 2014 et devrait passer à 44,1 % en 2018. « *The UK Leads the EU-5 in Tablet Adoption* » (uniquement en anglais), eMarketer, 5 mai 2014, <http://www.emarketer.com/Article/UK-Leads-EU-5-Tablet-Adoption/1010810>.

²⁴ Petit dispositif qui se branche sur d'autres équipements pour accroître une fonctionnalité, par exemple les dispositifs de diffusion en continu de contenus internet.

²⁵ eMarketer estimait que les dépenses publicitaires sur internet à destination des dispositifs mobiles s'élevaient en Europe occidentale à 3,58 milliards USD en 2013, soit une progression de 259 % par rapport à 2012 ; selon les prévisions, les dépenses publicitaires à destination des dispositifs mobiles devraient atteindre 15,18 milliards USD en 2017, soit une augmentation de 324 % par rapport à 2013. Pour de plus amples informations, voir eMarketer, « *Smart TVs make slow progress in the UK* » (uniquement en anglais), 24 mars 2015, <http://www.emarketer.com/Article/Smart-TVs-Make-Slow-Progress-UK/1012256>.

²⁶ Les pays de l'Union européenne examinés dans le cadre de cette étude sont (par ordre d'importance des sommes dépensées pour la publicité vidéo en ligne) le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la Suède, la Pologne, l'Espagne, la Finlande, l'Autriche, la République tchèque, le Danemark, l'Irlande, la Grèce, la Slovaquie, la Hongrie et la Roumanie.

²⁷ IAB, « *IAB Adex Benchmark report 2013* » (uniquement en anglais), <http://iab.org.pl/wp-content/uploads/2014/07/IAB-Europe-AdEx-Benchmark-2013-slides-PUBLIC.pdf>.

²⁸ eMarketer, « *Social Network Ad Spending to Hit \$23.68 Billion Worldwide in 2015* » (uniquement en anglais), 15 avril 2015, <http://www.emarketer.com/Article/Social-Network-Ad-Spending-Hit-2368-Billion-Worldwide-2015/1012357#>.

²⁹ M. Kihn, « *What is this thing called "Programmatic"* » (uniquement en anglais), 11 décembre 2014, <http://blogs.gartner.com/martin-kihn/thing-called-programmatic/>.

³⁰ Selon Magna Global, en 2017, les programmes de transactions publicitaires représenteront 59 % des transactions publicitaires en ligne au Royaume-Uni, 56 % en France, 60 % aux Pays-Bas, 33 % en Allemagne et 31 % en Espagne, en Italie et en Grèce. Voir « *MAGNA GLOBAL Ad Forecasts: Programmatic Buying Reaching a Tipping Point* » (uniquement en anglais), <http://www.businesswire.com/news/home/20131014005599/en/MAGNA-GLOBAL-Ad-Forecasts-Programmatic-Buying-Reaching>.

³¹ Au Royaume-Uni, par exemple, Google représentait 40,5 % des parts du marché publicitaire en ligne en 2014, avec 2,93 milliards GBP de recettes publicitaires numériques, tandis que Facebook représentait 7,9 % de parts de marché avec 576,1 millions GBP de recettes. Voir eMarketer, « *Google and Facebook to Account for Half of UK Digital Ad Spend in 2015* » (uniquement en anglais), 4 décembre 2014, <http://www.emarketer.com/Article/Google-Facebook-Account-Half-of-UK-Digital-Ad-Spend-2015/1011651>.

³² IHS, « *Online Video Advertising Revenue Doubles in Three Years, Says IHS and Vidiro* » (uniquement en anglais), 12 mai 2015, <http://press.ihs.com/press-release/technology/online-video-advertising-revenue-doubles-three-years-says-ihs-and-vidiro>.



Dans la mesure où le visionnage de la télévision traditionnelle est en perte de vitesse³³ au profit de la vidéo en ligne, les budgets publicitaires migreront eux aussi vers le paysage numérique en ligne.

1.2. L'impact des atteintes au droit d'auteur sur l'industrie audiovisuelle européenne

Il y a une quinzaine d'années, l'ennemi public numéro un du secteur de la culture, dans ce cas précis l'industrie du disque, se nommait Napster. Depuis, beaucoup d'eau a coulé sous les ponts et, pour paraphraser Sun Tzu, les industriels du secteur de la culture ont vu les corps de bon nombre de leurs ennemis charriés au fil de l'eau. Le piratage en ligne peut cependant être assimilé à l'Hydre de Lerne : chaque fois que l'industrie parvient à couper l'une des têtes du monstre, il lui en pousse plusieurs autres. Les systèmes de diffusion entre internautes (*peer-to-peer*) qui s'en sont suivis ont tiré les enseignements de la réaction des ennemis de Napster pour adapter leurs logiciels de manière à ce que l'indexation des fichiers proposés ne soit plus mise à disposition sur des serveurs centraux³⁴.

L'industrie du secteur de la culture, incapable de couper cette nouvelle tête de l'Hydre a renoncé à poursuivre en justice les distributeurs de logiciels de partage de fichiers pour faire la chasse aux millions d'internautes qui réalisent illégalement des copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Elle a par ailleurs décidé de s'en remettre aux moyens techniques de protection et dans certains cas, d'obtenir que la législation relative au droit d'auteur soit modifiée afin de l'adapter à l'ère du numérique.

Mais comme la technologie évolue bien plus rapidement que le droit, de nouvelles formes d'accès non autorisé à des contenus protégés par le droit d'auteur fleurissent les unes après les autres, ce qui représente autant de nouvelles menaces pour les professionnels du secteur et de nouveaux défis pour le législateur. Les données statistiques du Groupe NPD indiquent par exemple que 27 millions de citoyens américains ont utilisé au cours de l'année écoulée une application mobile pour télécharger gratuitement de la musique et qu'une bonne partie pensaient ne pas être autorisés à le faire³⁵. Cette étude estime que 21 millions de personnes utilisent des sites de partage de fichiers afin de télécharger de la musique. De même, les logiciels qui permettent de copier les flux vidéo sont très largement utilisés par les internautes pour réaliser des copies de flux audio et vidéo en ligne depuis Spotify ou YouTube vers leurs ordinateurs³⁶. Les « cyberlockers » permettent la diffusion non autorisée à grande échelle de contenus protégés par le droit d'auteur, tout en conservant un certain degré d'anonymat. En résumé, compte tenu de la rapidité d'évolution de cet environnement, il devient de plus en plus difficile aujourd'hui de déterminer ce qui est illicite³⁷.

³³ D'après l'IHS, la moyenne globale du temps de visionnage de la télévision linéaire a diminué de 7 minutes par jour et par personne en 2014.

³⁴ L'infraction accessoire de Napster avait pu être facilement démontrée devant les tribunaux parce que cette société conservait des informations sur les fichiers disponibles pour le partage et que les utilisateurs devaient se connecter sur Napster pour pouvoir transférer les fichiers en question.

³⁵ N. Ulloa, « *Are Most Illegal Downloads Happening on Mobile Applications?* » (uniquement en anglais), *Digital Music News*, 25 mars 2014, <http://www.digitalmusicnews.com/2014/03/25/mobilepiracy/>.

³⁶ H. Lindvall, « *YouTube and Spotify ripping: why won't they act?* » (uniquement en anglais), *The Guardian*, 19 juin 2013, <http://www.theguardian.com/media/media-blog/2013/jun/19/youtube-spotify-ripping-apps-mp3s>.

³⁷ R. Crupnick, « *4 Brutal Realities of Modern-Day Piracy...* » (uniquement en anglais), *Digital Music News*, 22 janvier 2015, <http://www.digitalmusicnews.com/2015/01/22/4-brutal-realities-modern-day-piracy/>.



1.2.1. La guerre des chiffres

1,5 million de téléchargements illicites en huit heures : tel est, selon *TorrentFreak*, le nouveau record de piratage battu par le nombre de téléchargements du dernier épisode de la cinquième saison de la série télévisée *Game of Thrones*³⁸. Ce record s'explique tout d'abord par le succès planétaire rencontré par cette série de HBO, ainsi que par la facilité avec laquelle les internautes peuvent accéder gratuitement à des contenus protégés par le droit d'auteur. Mais quel est au juste le facteur déterminant : la facilité d'accès des internautes à un contenu ou la gratuité de son obtention ? D'aucuns soutiennent que le recours au piratage est presque toujours motivé par un service insuffisant et non par une question de prix³⁹.

Une étude empirique⁴⁰ a permis de recenser six principaux modèles commerciaux qui enfreignent largement le droit d'auteur :

- les passerelles de télévision en direct : c'est-à-dire les liens vers des flux de diffusion en direct de contenus télévisuels gratuits et payants, en contrepartie de publicités ou de dons et dont le contenu est hébergé de manière centralisée ;
- les communautés de partage de fichiers (*peer-to-peer*) : c'est-à-dire le téléchargement gratuit d'un contenu, dont le financement repose pour l'essentiel sur la publicité et les dons ;
- les abonnements communautaires : c'est-à-dire des contenus à télécharger par l'intermédiaire de sites de partage de fichiers ou de serveurs de diffusion moins tributaires de la publicité, en échange d'un abonnement ;
- les transactions musicales : c'est-à-dire le téléchargement depuis les propres serveurs du site, au moyen de logos de cartes bancaires ou de moyens de paiement en ligne sur la page consacrée au paiement ;
- la rémunération *Freemium* : c'est-à-dire un accès de base gratuit à des contenus centralisés et la rémunération des utilisateurs qui fournissent des contenus ;
- le *streaming* intégré : c'est-à-dire la possibilité donnée aux utilisateurs d'intégrer les contenus de leurs propres sites web que d'autres internautes pourront visionner en diffusion continue ; le téléchargement de contenus vers le site est récompensé.

Selon un rapport publié par *Digital Citizens Alliance*⁴¹, les modèles commerciaux financés par la publicité qui enfreignent le droit d'auteur profitent du peu d'obstacles auxquels se heurte l'accès à leurs services : en effet, l'obtention de contenus soumis au droit d'auteur et la création d'un site de ce type ont un coût minime et ne nécessitent que de faibles connaissances techniques ; cette méthode peut ensuite être reproduite ailleurs afin d'éviter d'être décelée et réprimée, surtout sur

³⁸ E. Van der Sar, « *Game of Thrones season finale breaks piracy records* » (uniquement en anglais), 15 juin 2015, <https://torrentfreak.com/game-of-thrones-season-finale-breaks-piracy-record-150615/>.

³⁹ Voir N. Tufnell, « *Interview: Gabe Newell* » (uniquement en anglais), *The Cambridge Student*, 15 octobre 2015, <http://www.tcs.cam.ac.uk/interviews/0012301-interview-gabe-newell.html>.

⁴⁰ Etude réalisée par BAE Systems Detica pour le compte de PRS for Music et Google, « *The six business models for copyright infringement. A data-driven study of websites considered to be infringing copyright* » (uniquement en anglais), Rapport commandé par Google et PRS for Music, juin 2012,

<http://www.prsformusic.com/aboutus/policyandresearch/researchandeconomics/Documents/TheSixBusinessModelsofCopyrightInfringement.pdf>.

⁴¹ Digital Citizens Alliance, « *Good Money Gone Bad: Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business A Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft* » (uniquement en anglais), février 2014,

<http://media.digitalcitizensactionalliance.org/314A5A5A9ABBBC5E3BD824CF47C46EF4B9D3A76/4af7db7f-03e7-49cb-aeb8-ad0671a4e1c7.pdf>.



les segments les plus importants des sites. Il est en outre relativement aisé et peu onéreux de constituer une base d'utilisateurs, dans la mesure où des millions d'internautes sont avides de contenus gratuits. En conséquence, ces modèles commerciaux qui enfreignent le droit d'auteur portent préjudice aux activités des créateurs de contenus et nuisent à la crédibilité de l'ensemble de l'écosystème publicitaire numérique. Les publicités diffusées sur les sites en infraction avec la législation, qui incluent bien souvent des publicités agressives et des liens vers des logiciels malveillants, portent ainsi atteinte aux entreprises qui respectent la législation applicable en la matière. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, les modèles commerciaux qui reposent sur une violation du droit d'auteur sont extrêmement rentables.

Illustration 1 – Analyse de la rentabilité des activités commerciales qui recourent à la publicité et reposent sur une violation du droit d'auteur

Segment	Recettes publicitaires	Marge
BitTorrent et autres portails P2P		
Petit	2 079 334 USD	85,9 %
Moyen	3 227 159 USD	84,5 %
Grand	23 181 252 USD	94,1 %
Sites proposant des liens		
Petit	3 690 915 USD	79,9 %
Moyen	8 351 446 USD	89,8 %
Grand	4 498 344 USD	87,5 %
Hébergeurs de services de vidéo en streaming		
Petit	529 480 USD	79,9 %
Moyen	1 681 477 USD	
Grand	4 661 535 USD	
Sites d'hébergement de services de téléchargement direct (DDL)		
Petit	401 087 USD	
Moyen	1 281 344 USD	
Grand	3 084 123 USD	
Total des recettes publicitaires du 3^e trimestre et marge des sites qui recourent à la publicité		

Source: « Good Money Gone Bad: Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business A Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft », Digital Citizens Alliance, février 2014.

Les titulaires de droits sont actuellement confrontés au problème spécifique des « cyberlockers », c'est-à-dire des services en ligne qui proposent des espaces de stockage de fichiers numériques sur des serveurs spécialement prévus à cet effet.



Selon le rapport NetNames⁴², ces services sont « volontairement conçus pour permettre la diffusion à grande échelle de fichiers entre des utilisateurs qui ne se connaissent pas, dans le monde entier et sans aucune restriction, tout en prenant bien soin de limiter les informations qui leur permettent de savoir quels fichiers sont ainsi diffusés ». Le lien vers le fichier d'un internaute stocké sur un cyberlocker peut être posté n'importe où pour que tout utilisateur puisse y accéder : les cyberlockers autorisent généralement n'importe qui à télécharger un fichier ou à le diffuser en *streaming*. D'après ce rapport, le client n'est pas la personne qui télécharge des fichiers vers le serveur. Dans les faits, les personnes qui postent les fichiers les plus recherchés sont bien souvent rémunérées par le cyberlocker au moyen de programmes de fidélisation qui récompensent les internautes lorsque les contenus qu'ils ont mis à disposition sur le serveur sont consultés. Les véritables clients sont en fait les personnes qui téléchargent des contenus ou les visionnent en *streaming*.

L'activité commerciale des cyberlockers consiste à vendre des espaces publicitaires destinés à ces visiteurs et/ou à offrir à ces derniers des abonnements à leurs services. En cela, le modèle commercial des cyberlockers se distingue de celui des autres services de stockage sur le *cloud*, puisque ces services dématérialisés ne sont pas conçus pour inciter à leur utilisation en vue d'enfreindre le droit d'auteur et leur modèle commercial ne repose pas sur la volonté d'attirer des clients qui paieront pour le téléchargement de fichiers illicites.

L'autre différence entre les fournisseurs de services de stockage sur le *cloud* et les cyberlockers tient au fait que ces derniers font preuve d'un certain laxisme dans le respect du droit d'auteur. Le rapport cite l'exemple d'un cyberlocker qui, malgré les plus de huit millions de notifications que lui avaient adressés les titulaires de droits, a uniquement procédé à la fermeture de 43 comptes d'utilisateurs, dont la plupart pour des raisons autres qu'une infraction au droit d'auteur. Mais la principale différence entre les services licites de stockage dématérialisé et les cyberlockers tient surtout à la quantité phénoménale de fichiers illicites que proposent ces derniers.

Le rapport Netnames précise que « les sites qui facilitent et encouragent ces infractions en proposant un hébergement centralisé pour le stockage de contenus dérobés peuvent réaliser des bénéfices colossaux ». Les frais occasionnés pour assurer un hébergement stable et, dans certains cas, rémunérer des membres pour attirer de nouveaux visiteurs « sont bien dérisoires par rapport aux énormes recettes que peuvent générer, d'une part, la perception des frais d'abonnement par l'intermédiaire d'organismes de paiement en ligne et, d'autre part, les recettes publicitaires ». Le montant total des recettes annuelles des 30 cyberlockers étudiés dans le rapport s'élevait à 96,2 millions USD, soit 3,2 millions USD par site.

⁴² NetNames, « Behind the cyberlocker door: A report on how shadowy cyberlocker businesses use credit card companies to make millions » (uniquement en anglais), rapport établi pour le compte de Digital Citizens Alliance, 2014, <https://media.gractions.com/314A5A5A9ABBBBC5E3BD824CF47C46EF4B9D3A76/7843c97d-fd81-4597-a5d9-b1f5866b0833.pdf>.



Illustration 2 – Les sources de revenu des cyberlockers



Source : « Behind the cyberlocker door: A report on how shadowy cyberlocker businesses use credit card companies to make millions », rapport établi par NetNames pour le compte de Digital Citizens Alliance, 2014.

Le rapport indique également que les cyberlockers bénéficient du concours et de l'appui d'intermédiaires qui leur permettent d'accéder au marché de la publicité, qui rassurent les clients au sujet des paiements en ligne et qui offrent aux utilisateurs les outils et moyens d'accéder à des contenus illicites. A l'exception d'un seul, tous les cyberlockers qui proposaient un compte *premium* payant aux utilisateurs leur offraient la possibilité de régler leur abonnement par carte bancaire Visa ou Mastercard. Paypal n'était proposé que par un seul cyberlocker. Le rapport conclut que toute mesure prise par l'un de ces intermédiaires pourrait avoir un impact direct sur les activités des cyberlockers.

Les chiffres que nous venons de citer ne représentent qu'une partie de ceux qui ont été mentionnés dans les diverses études commandées au cours de ces dernières années par les titulaires de droits, les instances publiques et la société civile. La difficulté à déterminer la véritable ampleur du piratage de l'industrie de la culture s'explique vraisemblablement par la simple et bonne raison qu'il s'agit d'une activité illicite. Le piratage ne peut en effet être soumis à aucune collecte régulière de données provenant des déclarations de l'industrie, comme c'est habituellement le cas pour les activités licites. Il repose au contraire sur des études empiriques et sur les activités d'investigation très spécifiques menées par des instances spécialisées.

L'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle⁴³ a réalisé plusieurs études sur les coûts des infractions en matière de propriété intellectuelle⁴⁴ dans divers secteurs, en se concentrant sur « des résultats clés, tels que les pertes de ventes, de recettes et d'emplois, de même que sur les répercussions sur d'autres industries et sur les recettes publiques », et mène à l'heure actuelle, en collaboration avec le *Joint Research Centre*⁴⁵ (Centre commun de recherche) de la Commission européenne, une étude consacrée aux atteintes commises dans les secteurs du disque, du cinéma et du livre électronique (e-book), afin « d'examiner le droit d'auteur

⁴³ L'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle a été créé en avril 2009 dans le cadre de la Direction générale marché intérieur et services de la Commission, sous le nom d'Observatoire européen de la contrefaçon et du piratage. En tant que principale agence de l'Union européenne exclusivement consacrée aux questions de propriété intellectuelle, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI – <https://oami.europa.eu/ohimportal/fr/home>) a commencé à coopérer étroitement avec l'Observatoire dans le cadre d'un protocole d'accord signé en avril 2011.

⁴⁴ Les études menées par l'Observatoire portent pour le moment sur la contrefaçon de marchandises (secteur des cosmétiques et des soins personnels, secteur des vêtements, chaussures et accessoires, secteur des articles de sport et, prochainement, les secteurs des bagages et sacs à main, montres et bijouterie, médicaments, tabac, boissons alcoolisées, jeux et jouets, ordinateurs et pièces automobiles). Voir <https://oami.europa.eu/ohimportal/fr/web/observatory/quantification-of-ipr-infringement>.

⁴⁵ Voir <https://ec.europa.eu/jrc/en/research-topic/digital-economy#> (uniquement en anglais).



dans une perspective économique empirique, de combler les principales lacunes des données empiriques et de contribuer ainsi à un débat plus constructif ».

En attendant les résultats de cette étude, il existe déjà une grande variété d'études disponibles qui présentent d'importantes divergences d'opinions. Comme les industries créatrices de contenus dépendent fortement de la protection du droit d'auteur pour la rémunération de leurs activités, le piratage est considéré comme l'une des plus importantes causes directes de leurs pertes⁴⁶. En revanche, d'autres études brossent un portrait bien différent et considèrent que le fait d'affirmer que les infractions au droit d'auteur commises par les particuliers entraînent une diminution des recettes ne repose sur aucune preuve⁴⁷.

L'examen des déclarations suivantes donne une idée de la variété des conclusions sur ce sujet très controversé⁴⁸ :

- Le piratage réduit la durée pendant laquelle les albums figurent dans la classification des meilleures vente de musique pop (Université du Connecticut)⁴⁹ ...
...mais les ventes des albums les plus piratés n'en sont pas pour autant affectées (Université Hitotsubashi)⁵⁰.
- Les pirates dépensent en réalité plus d'argent pour les téléchargements licites que les personnes qui ne s'adonnent pas au piratage (Université d'Amsterdam)⁵¹...
...mais le piratage se traduit par une baisse des ventes de CD (Université du Texas de Dallas)⁵².
- Chez les étudiants qui s'adonnent au piratage intensif de musique, cinq téléchargements équivalent à près d'une vente de CD en moins (Université de Pennsylvanie)⁵³ ...
...mais les pirates dépensent bien plus d'argent pour les téléchargements licites que les personnes qui ne s'adonnent pas au piratage (Université de Columbia)⁵⁴.
- Apple perd de l'argent lorsque les étudiants piratent davantage de musique, puisqu'ils effectuent moins de téléchargements licites payants sur iTunes (Université chinoise de Hong Kong)⁵⁵...

⁴⁶ Voir, par exemple, les études de RIAA sur l'impact du piratage,

https://www.riaa.com/keystatistics.php?content_selector=research-report-journal-academic (uniquement en anglais).

⁴⁷ Bart Cammaerts, R. Mansell et B. Meng, « *Copyright & Creation - A Case for Promoting Inclusive Online Sharing* » (uniquement en anglais), LSE Media Policy Project, septembre 2013,

<http://www.lse.ac.uk/media@lse/documents/MPP/LSE-MPP-Policy-Brief-9-Copyright-and-Creation.pdf>.

⁴⁸ Voir K. Collier, « *Inside the confusing, contradictory world of Internet piracy studies* » (uniquement en anglais), <http://www.dailydot.com/politics/piracy-studies-contradictory-paid-for/>.

⁴⁹ S. Bhattacharjee, R.D. Gopal, K. Lertwachara, J.R. Marsden et R. Telang, « *The Effect of Digital Sharing Technologies on Music Markets: A Survival Analysis of Albums on Ranking Charts* » (uniquement en anglais), Management Science, 2007,

<http://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/mnsc.1070.0699>.

⁵⁰ T. Tatsuo, « *Does file sharing reduce music CD sales?: A case of Japan* » (uniquement en anglais), Document de travail de l'IIR, 2004,

<http://econpapers.repec.org/paper/hitiirwps/05-08.htm>.

⁵¹ J. Poort et J. Leenheer (éd.), « *File sharing 2@12, Downloading from illegal sources in the Netherlands* » (uniquement en anglais), IViR, 2012, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/174>.

⁵² Liebowitz S.J., « *Research Note: Testing File-Sharing's Impact on Music Album Sales in Cities* » (uniquement en anglais), Management Science, 2008, <https://www.utd.edu/~liebowit/cities6f.pdf>.

⁵³ R. Rob et J. Waldfogel, « *Piracy on the High C's: Music Downloading, Sales Displacement, and Social Welfare in a Sample of College Students* » (uniquement en anglais), <http://www.nber.org/papers/w10874.pdf>.

⁵⁴ Karaganis, « *Where do Music Collections Come From?* » (uniquement en anglais), American Assembly, Université de Columbia, 2012,

<http://piracy.americanassembly.org/where-do-music-collections-come-from/>.



...mais Apple gagne de l'argent lorsque les étudiants piratent davantage de musique, puisqu'ils font l'acquisition de davantage d'Ipods (la même étude).

La conclusion qui pourrait être tirée de cette « guerre des chiffres » serait la suivante : nous sommes confrontés à un phénomène complexe dans lequel de nombreux aspects sociaux et culturels entrent en jeu et présentent assurément un grand intérêt pour les décideurs politiques. Cependant, ce qui importe pour faire respecter le droit d'auteur, c'est de constater une infraction, quelle que soit l'ampleur de la perte qu'elle a occasionnée pour les industries de création de contenus et pour les titulaires de droits, indépendamment du fait qu'aucun contenu n'est créé gratuitement et que les investissements réalisés par les industries du secteur méritent d'obtenir un retour sur investissement.

Mais mis à part les modèles commerciaux parallèles suscités par les pirates professionnels, comme nous l'avons vu plus haut, la banalisation des infractions en ligne tient également à un manque de sensibilisation du public, comme nous allons le voir dans le point qui suit.

1.2.2. La sensibilisation du public au droit d'auteur

Si l'on part du principe que le piratage est presque toujours motivé par un service insuffisant et non par une question de prix, il devrait être facile de résoudre cette équation. Certains signes montrent déjà qu'une amélioration des offres licites existantes peut avoir un impact positif sur les chiffres du piratage. En Norvège, par exemple, une étude réalisée sur l'ensemble du pays en décembre 2014 a révélé que seuls 4 % des citoyens norvégiens de moins de 30 ans continuaient à utiliser des plateformes de partage de fichiers illicites pour se procurer de la musique et que moins d'1 % des personnes de cette catégorie d'âge déclaraient que le partage de fichiers constituait leur principale source d'obtention de musique⁵⁶. Il s'agit là d'un renversement complet de situation par rapport à 2009, comme l'illustre le graphique ci-dessous :

⁵⁵ T. Cheuk Leung, « *Should the Music Industry Sue Its Own Customers? Impacts of Music Piracy and Policy Suggestions* » (uniquement en anglais), Université chinoise de Hong Kong, 2002, <http://faculty.washington.edu/bajari/metricssp10/ipod.pdf>.

⁵⁶ Selon Marte Thorsby, PDG d'IFPI Norge, « Nous proposons désormais des services qui sont à la fois meilleurs et mieux adaptés aux utilisateurs que les plateformes illicites [...]. Au cours des cinq [dernières] années, nous avons pratiquement supprimé le partage illicite de fichiers dans l'industrie du disque ». Voir T. Ingham, « *Music piracy has been 'virtually eliminated' in Norway* » (uniquement en anglais), Music Business Worldwide, 26 janvier 2015, <http://www.musicbusinessworldwide.com/piracy-virtually-eliminated-norway/>.



Illustration 3 – Pourcentage de personnes ayant déclaré avoir téléchargé ou consulté de manière illicite des contenus protégés par le droit d'auteur au cours des 12 derniers mois.

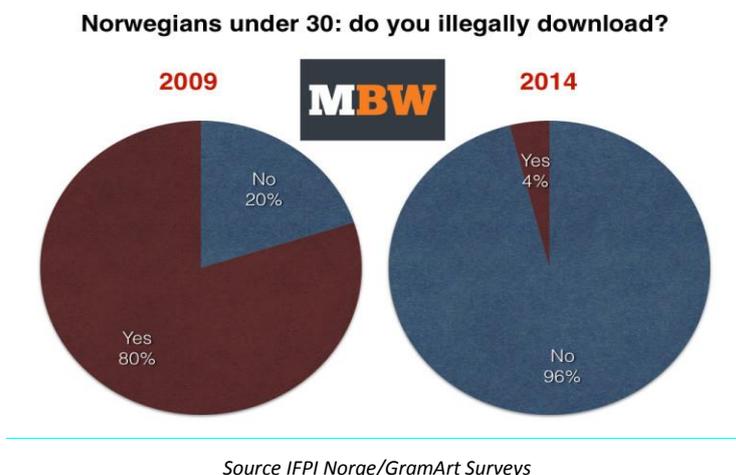
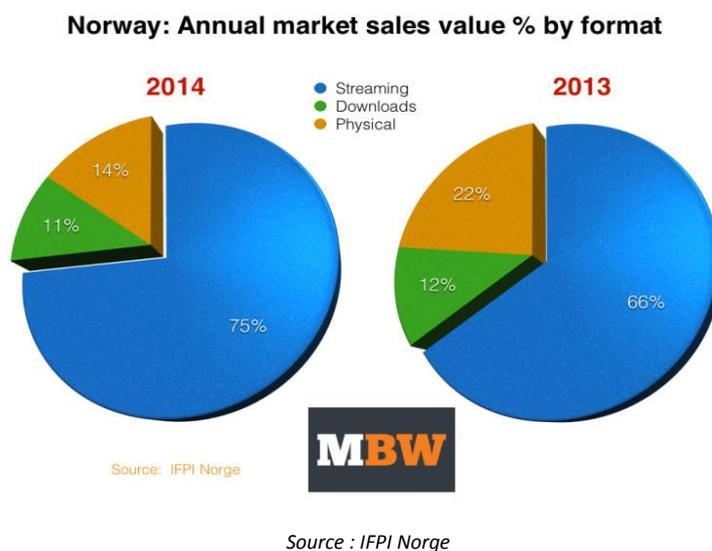


Illustration 4 - Pourcentage des parts de marché annuelles par format en Norvège



Le succès des services de SVàD tels que Netflix pourrait avoir des répercussions analogues sur le secteur audiovisuel, même si pour de nombreuses raisons, l'établissement d'un catalogue complet des œuvres audiovisuelles en ligne est bien plus complexe que l'octroi de licences d'exploitation d'œuvres musicales aux services en ligne. Pour autant, même si cela semble fonctionner en Norvège, rien ne permet d'affirmer qu'il pourrait en être de même pour d'autres pays. Afin de pouvoir déterminer s'il est possible de trouver une solution au piratage, il faut tout d'abord comprendre la démarche des utilisateurs à l'égard des droits de propriété intellectuelle. Seule cette méthode permettra de définir, en usant de « la carotte et du bâton », le juste équilibre entre une amélioration de l'offre licite existante, une sensibilisation accrue en faveur des droits de propriété intellectuelle et le respect de ces droits.



Une étude réalisée par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI)⁵⁷ indique que les citoyens européens sont majoritairement favorables au respect des droits de propriété intellectuelle, sont convaincus qu'il s'agit d'un pilier important de l'organisation économique et sociale de leur pays et admettent le fait que ces droits fassent l'objet d'une réglementation qu'il convient de respecter. Cependant, cette étude nous montre également que même si seul un dixième des citoyens européens reconnaissent ouvertement avoir commis une atteinte à la propriété intellectuelle au cours des douze derniers mois, plus d'un tiers d'entre eux tolèrent ces agissements lorsqu'ils portent sur ces derniers un regard plus subjectif. Selon l'étude, ces deux comportements ne s'excluent pas l'un l'autre. Une grande majorité de citoyens de l'Union européenne se montrent très favorables à la propriété intellectuelle, tout en estimant, lorsqu'ils enfreignent eux-mêmes cette réglementation, que cette démarche peut se justifier par un pouvoir d'achat limité ou par la volonté de contester un modèle économique orchestré par l'économie de marché et les grandes marques.

L'analyse démographique des résultats de l'étude a révélé des conclusions particulièrement intéressantes : l'accès illicite à des contenus protégés par le droit d'auteur est bien plus fréquent chez les jeunes. De même, le genre et le niveau d'études y jouent un rôle : les hommes et les personnes qui ont un niveau d'études plus élevé sont plus enclins à accéder de manière illicite à des contenus protégés par le droit d'auteur. Il existe en outre des différences entre les Etats membres, ainsi qu'en fonction de leur date d'adhésion à l'Union européenne.

Tableau 1 – Pourcentage de personnes ayant déclaré avoir téléchargé ou consulté de manière illicite des contenus protégés par le droit d'auteur au cours des 12 derniers mois.

Groupe d'âge	Pourcentage
15 à 24 ans	26 %
25 à 34 ans	17 %
35 à 44 ans	9 %
45 à 54 ans	5 %
plus de 55 ans	moins de 3 %

Source : « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, novembre 2013.

Tableau 2 – Pourcentage de personnes ayant déclaré avoir téléchargé ou consulté de manière illicite des contenus protégés par le droit d'auteur au cours des 12 derniers mois (par genre)

Groupes d'âge	Hommes	Femmes
15 à 24 ans	31 %	21 %
tous	13 %	6 %

Source : « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, novembre 2013.

⁵⁷ « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », novembre 2013, https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/25-11-2013/executiveSummary/executive_summary_fr.pdf (uniquement en anglais).



Tableau 3 – Pourcentage de personnes ayant déclaré avoir téléchargé ou consulté de manière illicite des contenus protégés par le droit d'auteur au cours des 12 derniers mois (en fonction de leur niveau d'études)

Groupes d'âge	Pourcentage
Scolarité achevée avant 15 ans	3 %
Etudes achevées entre 16 et 19 ans	6 %
Etudes achevées après 20 ans	10 %
Encore étudiants	27 %

Source : « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, novembre 2013.

Tableau 4 - Pourcentage de personnes ayant déclaré avoir téléchargé ou consulté de manière illicite des contenus protégés par le droit d'auteur au cours des 12 derniers mois (en fonction de l'adhésion des Etats membres à l'Union européenne)

Etats membres dont l'adhésion à l'Union européenne est postérieure à 2004	13 %
Les 15 autres Etats membres	4 %

Source : « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, novembre 2013.

L'étude fait un autre constat important : la compréhension par les citoyens européens de la propriété intellectuelle et des notions qui lui sont associées est loin d'être cohérente et révèle d'importants écarts entre, d'une part, la compréhension auto évaluée ou « subjective » et, d'autre part, la compréhension vérifiée ou « objective ». Les trois quarts des citoyens européens affirment comprendre le terme « propriété intellectuelle » et la terminologie qui lui est associée, comme les brevets, les droits d'auteur et les marques. Dans la réalité cependant, les indicateurs de connaissance objective donnent une image différente, révélant que 13 % seulement des Européens ont une bonne connaissance de ce que comprend la notion de propriété intellectuelle. 51 % en ont une connaissance modérée et 37 % une faible connaissance.

En outre, bien qu'elle soit condamnée d'un point de vue éthique et considérée comme ayant des conséquences très négatives au niveau macroéconomique, la contrefaçon peut être perçue d'une manière plus favorable lorsqu'elle se présente dans une perspective individuelle et à la lumière de l'avantage personnel pouvant en être retiré. La propriété intellectuelle est par ailleurs perçue comme une mesure visant principalement à servir les intérêts des élites, ce qui tend à démontrer que l'idée que la propriété intellectuelle serait bénéfique aux citoyens européens dans leur ensemble n'est pas comprise ou est contestée. Ces points de vue sont là encore plus ou moins marqués en fonction de l'âge, de la profession et du pays de résidence des répondants.

Quant au fait que l'existence et la connaissance d'une offre légale pourraient avoir une incidence sur les activités de téléchargement illicites, 80 % des Européens sont d'accord avec l'affirmation suivante : « Chaque fois qu'il existe une option légale à prix abordable, je préfère consulter/télécharger/lire le contenu sur les plateformes autorisées plutôt que sur les plateformes illégales » ; ce chiffre est cette fois rigoureusement identique chez les jeunes de 15 à 24 ans.



Il convient par conséquent de s'interroger sur la définition à donner à une « option légale à prix abordable ». La dernière partie de cette notion, « prix abordable », est subjective et donc difficilement mesurable, mais sa première partie, « option légale », est quant à elle aisément identifiable. En France, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)⁵⁸ héberge un site web⁵⁹ qui recense les différents services internet qui proposent des offres légales en matière de musique, de VàD, de livres électroniques, de jeux vidéo, de photos et de financement participatif (*crowdfunding*). Ce site permet en outre aux utilisateurs de signaler une œuvre protégée par le droit d'auteur qui n'est disponible sur aucun service licite. Six mois après le lancement de ce site web, la HADOPI a publié un rapport⁶⁰ consacré aux nombreuses œuvres introuvables en ligne. Au 1^{er} août 2015, 772 œuvres avaient été signalées par les internautes comme n'étant pas disponibles en ligne : cependant, 200 de ces œuvres (soit 26 %) étaient en fait disponibles, mais sur des sites licites ; 152 œuvres signalées (soit 20 %) avaient été déclarées indisponibles au vu des informations communiquées par les titulaires des droits concernés ; 420 œuvres (soit 54 %) faisaient l'objet d'une procédure de consultation avec les titulaires de droits identifiés par la HADOPI. Pour justifier la non-disponibilité de certaines œuvres en ligne, les titulaires de droits invoquaient les coûts de numérisation des œuvres, ainsi que les frais inhérents à leur adaptation pour chaque plateforme en ligne. En tout état de cause, la HADOPI observe que pour les internautes qui s'adonnent au téléchargement illicite, le prix des options licites a plus d'importance que leur disponibilité en ligne. Le critère de « prix abordable » semble l'emporter sur celui « d'offre légale ».

Les personnes qui téléchargent de manière illicite des contenus peuvent bien entendu faire l'objet de poursuites et nous examinerons dans les prochains chapitres le cadre juridique destiné à faire respecter le droit d'auteur dans l'Union européenne. Toutefois, compte tenu du nombre potentiel de contrevenants et de la difficulté à les identifier, différentes solutions alternatives visant au respect du droit d'auteur ont été proposées ces dernières années, comme le fait d'étendre l'exception de copie à usage privé aux atteintes au droit d'auteur commises sur internet⁶¹. Les partisans de solutions telles que la licence globale en France ou le *Kulturflatrate* en Allemagne affirment que le principe d'une redevance applicable aux internautes en supplément de leur abonnement forfaitaire d'accès à internet est susceptible d'offrir aux titulaires de droits une rémunération adéquate et de résoudre, du moins en partie, le problème du piratage en ligne. Par exemple, une récente étude empirique de grande envergure consacrée aux systèmes alternatifs de compensation (ACS – *Alternative Compensation Systems*)⁶² et menée par un groupe de recherche pluridisciplinaire de l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam (IViR) a révélé que :

⁵⁸ La HADOPI est une autorité publique indépendante qui a été instituée au terme d'un long débat sur la création dans un univers numérique. La mission dont elle est investie est définie par la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. <http://www.hadopi.fr/la-haute-autorite/la-haute-autorite-presentation-et-missions>. Pour de plus amples informations, voir le paragraphe 3.3.1.

⁵⁹ Voir <http://offrelegale.fr/>

⁶⁰ Hadopi, Rapport intermédiaire sur le signalement des œuvres introuvables, http://blog.offrelegale.fr/wp-content/uploads/2015/09/prez_signalement_20150914.pdf

⁶¹ Pour de plus amples informations sur le sujet, voir, par exemple, F.J. Cabrera Blázquez, « La redevance pour copie privée à la croisée des chemins », in S. Nikoltchev (éd.) « Qui paie pour la copie privée ? », IRIS Plus 2011-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011,

http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/Iris_plus_2011-4_FR_FullText.pdf

⁶² J.P. Quintais, « *IViR Survey Shows Public Support for Legalizing Digital Content Sharing through Alternative Compensation System* » (uniquement en anglais), Kluwer Copyright Blog, 1^{er} juillet 2015, <http://kluwercopyrightblog.com/2015/07/01/ivir-survey-shows-public-support-for-legalizing-digital-content-sharing-through-alternative-compensation-system/>.



- les consommateurs ne sont pas satisfaits des moyens d'accès licites actuellement disponibles et, par voie de conséquence, la population néerlandaise est majoritairement favorable à différentes formes de systèmes alternatifs de compensation ;
- la mise en œuvre d'un système alternatif de compensation offrirait des recettes supplémentaires aux titulaires de droits d'œuvres musicales et audiovisuelles par rapport à la situation actuelle ;
- les citoyens ordinaires peuvent être associés à des décisions politiques extrêmement complexes en matière de droit d'auteur.

Du point de vue juridique, la principale critique formulée au sujet de ces solutions tient au fait qu'elles pourraient s'avérer contraires aux traités internationaux sur le droit d'auteur et priver les titulaires de droits de leur droit exclusif à déterminer l'utilisation de leur propriété intellectuelle. D'un point de vue pratique, la principale critique repose sur le fait que rien ne permet d'affirmer à l'avance que la mise en œuvre d'un système alternatif de compensation inciterait les personnes qui respectent la législation, et qui à l'heure actuelle achètent des CD et DVD ou utilisent des services en ligne comme Spotify ou Netflix, à partager des fichiers ou à utiliser des services gratuits de *streaming* qui seraient devenus licites et pour lesquels elles devraient également s'acquitter d'une redevance spécifique.





2. Le cadre juridique international et de l'Union européenne

2.1. Les dispositions internationales pertinentes en matière de respect du droit d'auteur

Selon l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « la protection du droit d'auteur et des droits voisins contribue à promouvoir, à enrichir et à diffuser le patrimoine culturel national et, en tant que telle, constitue une part essentielle du processus de développement de chaque pays »⁶³. Toute production littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, bénéficie de la protection du droit d'auteur, aussi longtemps qu'il s'agit de la création intellectuelle originale de l'auteur. Quasiment toutes les législations nationales en matière de droit d'auteur prévoient la protection des œuvres littéraires, musicales, artistiques et cinématographiques. Les titulaires du droit d'auteur se voient ainsi conférer par la loi des « droits exclusifs » de nature économique leur permettant d'autoriser à des tiers d'utiliser l'œuvre protégée, ainsi que des « droits moraux » sur leur création intellectuelle originale.

La protection des droits de propriété intellectuelle revêt une importance non seulement pour assurer la promotion de la culture et de la diversité, mais également d'un point de vue économique, tout particulièrement pour ce qui est de la rémunération des auteurs et des créateurs, afin qu'ils puissent légitimement tirer profit de leur création⁶⁴. Le droit d'auteur et les droits voisins permettent ainsi aux auteurs et créateurs de bénéficier de la valeur commerciale de leur œuvre et d'obtenir un juste retour sur investissement. Sur le plan macroéconomique, la protection des droits de propriété intellectuelle joue un rôle considérable puisqu'elle contribue au développement de l'emploi et stimule la concurrence au niveau national.

Le fait que la législation prévienne des droits exclusifs n'est toutefois pas suffisant ; il faut en effet que les pays fassent respecter ces droits et, si tel n'est pas le cas, que ce respect puisse être imposé à ceux qui y portent atteinte. Pour être efficace, le régime de propriété intellectuelle doit par conséquent s'accompagner de mesures appropriées et d'un système judiciaire efficient dans le cadre duquel ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites et d'une décision de justice. L'adoption à l'échelon international de normes rigoureuses destinées à faire respecter le droit d'auteur et les droits voisins, ainsi que la mise en place d'organismes adéquats de collecte et de répartition des sommes dues aux titulaires de droits, permettent d'y parvenir.

L'avènement de la technologie numérique, qui rend possibles la diffusion et la réalisation sous forme numérique de copies parfaites de tout contenu protégé par le droit d'auteur, ainsi que

⁶³ Voir OMPI, *Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use* (Guide sur la politique, le droit et l'utilisation de la propriété intellectuelle) (uniquement en anglais), <http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch2.pdf>.

⁶⁴ Voir le chapitre 1 de la présente publication.



L'importance croissante des biens et services protégés par les droits de propriété intellectuelle dans le commerce international et l'économie mondiale, ont contribué ces vingt dernières années à faire évoluer les normes internationales relatives au respect de ces droits. Nous verrons dans les parties suivantes en quoi consistent les normes et dispositions applicables à l'échelon international qui visent à faire respecter le droit d'auteur et les droits voisins dans l'environnement en ligne.

2.1.1. Des Conventions de l'OMPI aux Traités internet

2.1.1.1. Les premières normes minimales visant au respect du droit d'auteur dans la Convention de Berne

Les Conventions de Berne et de Rome⁶⁵ définissaient déjà au 19^e siècle un certain nombre de droits minimaux que les parties à ces conventions doivent accorder aux bénéficiaires concernés. Ces deux instruments ne comportent cependant pas de dispositions détaillées relatives au respect de ces droits, à l'exception de l'obligation générale faite aux parties contractantes de prévoir dans leur législation nationale des moyens appropriés pour faire respecter ces droits. Ces deux conventions reposent sur le principe du « traitement national », qui vise à étendre l'application territoriale du cadre réglementaire aux ressortissants des parties à la convention en vertu de l'article 5(1) de la Convention de Berne⁶⁶. En outre, l'article 5(2) de la Convention de Berne prévoit que la jouissance et l'exercice des droits protégés

[...] sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

Les autres dispositions des conventions de l'OMPI en matière de respect des droits de propriété intellectuelle prévoient la possibilité de saisir les exemplaires contrefaits d'une œuvre dans tout pays signataire où l'œuvre en question bénéficie de cette protection⁶⁷ ou imposent aux pays signataires d'adopter un certain nombre de mesures appropriées en ce sens⁶⁸.

Huit pays⁶⁹ ont adhéré à la Convention de Berne en 1886. Aujourd'hui, 168 pays à travers le monde⁷⁰ sont parties à la Convention et doivent mettre en œuvre les normes minimales de protection des droits d'auteur énoncées par le texte ; 92 pays ont ratifié et transposé en droit interne la Convention de Rome. Il convient de mentionner une autre convention en la matière, la Convention universelle sur le droit d'auteur⁷¹, adoptée en 1952 sous l'égide de l'UNESCO, qui vise à étendre universellement la protection internationale du droit d'auteur aux Etats qui étaient hostiles

⁶⁵ OMPI, Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961, http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=289757.

⁶⁶ OMPI, Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, telle que révisée en 1971, http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=283698.

⁶⁷ Voir l'article 16(1) et (2) de la Convention de Berne.

⁶⁸ Voir, par exemple, l'article 36(1) de la Convention de Berne.

⁶⁹ L'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni, la Suisse et la Tunisie.

⁷⁰ Pour de plus amples détails sur ce point, voir http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15.

⁷¹ Convention universelle sur le droit d'auteur, avec Déclaration annexe relative à l'article XVII et Résolution concernant l'article XI 1952, http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.



à certains aspects de la Convention de Berne mais souhaitaient tout de même participer à une forme multilatérale de protection du droit d'auteur⁷². Contrairement à la Convention de Berne qui interdit toute exigence formelle susceptible d'entraver « l'exercice et la jouissance » du droit d'auteur⁷³, la Convention universelle sur le droit d'auteur dispose que toute formalité prévue par une législation nationale peut être respectée par l'indication du droit d'auteur sous la forme et à l'emplacement fixés par cette Convention⁷⁴.

2.1.1.2. L'adaptation des normes aux technologies numériques par les Traités internet

En 1996, deux traités supplémentaires ont été adoptés dans le cadre de l'OMPI, en vue d'actualiser et de compléter les Conventions de Berne et de Rome et ainsi répondre de manière appropriée aux questions soulevées par l'évolution des technologies et des nouvelles formes de diffusion des œuvres sur internet. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)⁷⁵ et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)⁷⁶, communément désignés comme « Traités internet », entrés en vigueur en 2002, ne prévoient pas véritablement une extension du champ d'application de la protection mais apportent surtout des précisions sur l'application des normes existantes et leur adaptation au nouvel environnement numérique en ligne.

S'agissant de l'exercice et du respect du droit d'auteur et des droits voisins, les Traités internet ont mis en place de nouvelles obligations de protection des mesures techniques et d'information sur la gestion des droits. Les parties à la Convention doivent notamment garantir une protection juridique adéquate et des sanctions judiciaires efficaces contre la neutralisation des mesures techniques effectives auxquelles recourent les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, dans le cadre de l'exercice de leurs droits, et qui restreignent toute utilisation non autorisée de leurs œuvres, interprétations ou phonogrammes.

93 pays⁷⁷ ont adhéré au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et 94 au Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) ; 49 de ces pays l'ont fait entre 1996 et 1997. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes sont en vigueur dans la plupart de ces pays. L'ensemble des principes et valeurs énoncés par ces deux traités ont été par la suite réaffirmés par

⁷² Il s'agissait des pays en voie de développement, ainsi que des Etats-Unis et de la plupart des pays d'Amérique latine. Les premiers estimaient que la protection rigoureuse du droit d'auteur prévue par la Convention de Berne était excessivement favorable aux Etats occidentaux et développés, exportateurs de droits d'auteur, tandis que les deux derniers étaient déjà membres de la Convention de Buenos Aires sur la propriété littéraire et artistique, une convention panaméricaine sur le droit d'auteur moins stricte que la Convention de Berne. Les pays signataires de la Convention de Berne sont également devenus parties à la Convention universelle sur le droit d'auteur, de sorte que leurs droits d'auteur peuvent exister dans les Etats qui n'ont pas adhéré à la Convention de Berne. L'Union soviétique est devenue partie à la Convention universelle sur le droit d'auteur en 1973. Les Etats-Unis ont finalement adhéré à la Convention de Berne le 1^{er} mars 1999, au Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) le 20 mai 2002 et au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) le 5 juin 2009. La Fédération de Russie a adhéré à la Convention de Berne le 13 mars 1995 et aux WCT et WPPT le 5 février 2009.

⁷³ Les œuvres d'un auteur ressortissant d'un pays partie au Traité ou domicilié dans celui-ci, ou les œuvres publiées pour la première fois dans un Etat contractant ou publiées dans un pays signataire de la Convention de Berne dans un délai de 30 jours à compter de leur première publication, peuvent se prévaloir de la protection prévue par cet instrument.

⁷⁴ L'indication prévue par la Convention universelle sur le droit d'auteur consiste en un symbole © (C dans un cercle) accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication.

⁷⁵ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=12740>.

⁷⁶ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996, http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text.jsp?file_id=295580.

⁷⁷ Voir http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16.



l'adoption, en 2012, du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles (BTAP)⁷⁸, qui est à ce jour signé par 77 pays, mais n'est pas encore entré en vigueur.

2.1.2. L'Accord sur les ADPIC, une étape déterminante

Au début de la seconde moitié du 20^e siècle, en raison de l'émergence de nouveaux acteurs tels que la Chine sur la scène mondiale, les questions de propriété intellectuelle se sont invitées dans les négociations commerciales. La question d'une protection internationale efficace des droits de propriété intellectuelle a été soulevée dans le cadre des négociations du GATT⁷⁹ du Cycle d'Uruguay de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), comme une réponse au déferlement de produits contrefaits et piratés qui faussent les échanges commerciaux internationaux. Depuis la conclusion en 1994 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)⁸⁰, dont le principal objectif est la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle⁸¹, fait partie intégrante du Traité. En vertu de l'article 8(2) de l'Accord sur les ADPIC :

des mesures appropriées [...] pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie.

L'Accord sur les ADPIC a non seulement étendu la portée géographique des obligations en matière de protection des droits de propriété intellectuelle⁸² au niveau mondial, mais il a également contribué à ce que les normes de cette protection soient bien plus exigeantes que celles qui étaient prévues jusqu'alors et imposé de nouvelles obligations. Le principe du traitement national a notamment été consacré par l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, la Partie III de l'Accord comprend une liste d'obligations spécifiques auxquelles les Etats membres de l'OMC doivent se conformer en ce qui concerne les dispositions qui visent à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, les procédures civiles et administratives, les mesures provisoires, les procédures à la frontière et les procédures pénales :

- Les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle doivent être efficaces et ne pas être excessivement complexes ou coûteuses ; un contrôle juridictionnel des décisions administratives doit être prévu ; les sanctions infligées dans le cadre des procédures civiles et administratives doivent comporter, outre des injonctions permanentes et des dommages-intérêts, d'autres solutions telles que le retrait des marchandises contrefaites des circuits commerciaux, sans qu'aucune indemnisation ne soit versée au contrevenant ;

⁷⁸ OMPI, Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles, 24 juin 2012, http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text.jsp?file_id=295842.

⁷⁹ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, https://www.wto.org/french/docs/f/legal/f/06-gatt_f.htm.

⁸⁰ L'Accord sur les ADPIC est reproduit à l'Annexe 1 C de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, <https://www.wto.org/french/docs/f/legal/f/27-trips.pdf>.

⁸¹ Voir l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.

⁸² 161 pays sont actuellement parties à l'Accord sur les ADPIC, http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=231&group_id=22.



- des mesures préliminaires doivent être prévues afin de prévenir toute infraction ou d'obtenir des éléments de preuves ; dans les situations d'urgence, ces mesures doivent pouvoir être prises sans que la partie adverse soit entendue ;
- des procédures pénales et des peines applicables doivent être prévues pour les actes de piratage portant atteinte au droit d'auteur commis à des fins commerciales. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisamment élevées pour être dissuasives et, le cas échéant, la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause⁸³.

La possibilité offerte aux parties contractantes de soumettre à la procédure de règlement des différends⁸⁴ de l'OMC toute infraction supposée aux ADPIC constitue l'une des nouveautés les plus importantes en matière de respect des droits de propriété intellectuelle de l'Accord sur les ADPIC. Cette procédure prévoit des mesures de rétorsion croisées, telles que la suspension de certains privilèges vis-à-vis des parties contrevenantes dans des domaines autres que celui sur lequel porte l'infraction commise dès lors qu'une partie ne respecte pas les conditions d'un règlement contraignant des différends. Dans la pratique, cette mesure permet bien souvent d'exercer une plus grande pression sur le législateur de l'Etat contrevenant pour qu'il conforme son droit interne aux normes de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

Les pays développés devaient mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC au plus tard en 2000 ; ce délai avait été fixé à 2013 pour les pays moins développés, qui avaient en outre la possibilité de demander un délai supplémentaire⁸⁵. Plus de 20 ans après son adoption, l'évaluation des résultats de l'Accord sur les ADPIC est quelque peu mitigée. Les titulaires de droits d'auteur considèrent que cet accord a contribué à élever les normes relatives au droit positif d'un très grand nombre de pays, même si une protection renforcée devrait être prévue pour que les mesures prises en matière de respect des droits de propriété intellectuelle soient plus efficaces et dissuasives. Une frange grandissante de la société civile des pays industriels estime en revanche que des mesures de protection trop rigoureuses entraveraient les formes actuelles de créativité et d'échange d'information⁸⁶.

2.1.3. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité

La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité⁸⁷, également connue sous l'intitulé de Convention de Budapest, a été adoptée en novembre 2001 et est entrée en vigueur en juillet 2004. En septembre 2015, 47 pays avaient ratifié cet instrument. L'Australie, le Canada, le Japon, les Etats-Unis et l'Afrique du Sud figurent parmi les Etats non membres du Conseil de l'Europe qui ont signé et ratifié cette convention. La Convention de Budapest constitue le premier traité international relatif aux infractions commises sur internet et sur tout autre réseau informatique et concerne en particulier les atteintes au droit d'auteur, la fraude informatique, la pédopornographie et les violations de la sécurité du réseau. Elle a pour principal objectif de mener une politique pénale

⁸³ Voir l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁴ Voir la Partie IV (articles 63 et 64) de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁵ Voir la Partie IV de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁶ Voir la Déclaration de Washington sur la propriété intellectuelle et l'intérêt public, <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2011/09/Washington-Declaration.pdf>.

⁸⁷ Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>.



commune destinée à protéger la société contre la cybercriminalité, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par la promotion de la coopération internationale.

Les dispositions 10(1) et (2) de la Convention précisent que chaque partie à la Convention adopte des mesures législatives et autres pour ériger en infraction pénale, en droit interne, les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, telles que définies par la législation de l'Etat partie en question, conformément aux obligations qu'il se doit de respecter au titre des Conventions de Berne et de Rome, de l'Accord sur les ADPIC et du Traité de l'OMPI. La Convention exclut tout droit moral conféré par ces conventions et limite son champ d'application aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins commises délibérément, à une échelle commerciale et au moyen d'un système informatique. L'article 10(3) autorise par ailleurs une partie à la Convention à se réserver le droit, dans des circonstances bien délimitées, de ne pas imposer de responsabilité pénale, à condition que d'autres recours effectifs soient disponibles et qu'une telle réserve ne déroge pas aux obligations internationales qui incombent à cette partie en application de ces mêmes instruments internationaux.

Depuis son entrée en vigueur, de grands pays comme le Brésil et l'Inde ont refusé d'adopter la Convention au motif qu'ils n'avaient pas participé à sa rédaction ; la Fédération de Russie s'était quant à elle opposée à la Convention en invoquant sa souveraineté nationale.

2.1.4. Les évolutions en matière de respect du droit d'auteur postérieures à l'Accord sur les ADPIC

Compte tenu des difficultés croissantes rencontrées au niveau ministériel pour parvenir à des avancées significatives en matière de respect de la propriété intellectuelle dans les instances internationales, les Etats-Unis et l'Union européenne ont progressivement choisi de les surmonter de manière bilatérale, en négociant des accords de libre-échange (ALE) et des accords de partenariat économique (APE)⁸⁸ avec un certain nombre de pays d'Extrême-Orient et d'Europe orientale. Dans ces accords bilatéraux, les parties souscrivent à un degré élevé de protection de la propriété intellectuelle en s'engageant à rapprocher leur législation et leur pratique, en échange d'un certain nombre d'avantages commerciaux⁸⁹.

Par ailleurs, un traité multinational, l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) a été négocié depuis 2008 entre plusieurs pays⁹⁰. Il avait pour objectif d'établir des normes internationales visant au respect de la propriété intellectuelle, de cibler les marchandises contrefaites et les atteintes au droit d'auteur sur internet et de parvenir à un respect international plus efficace de ces droits. L'ACTA traite des mesures aux frontières, des sanctions civiles et pénales et va au-delà de l'acquis existant au titre de l'Accord sur les ADPIC, notamment en relevant le niveau des sanctions applicables en cas d'infractions au droit d'auteur et aux droits voisins commises à une échelle commerciale.

⁸⁸ Pour de plus amples informations sur les relations commerciales bilatérales de l'Union européenne, voir <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations> (uniquement en anglais).

⁸⁹ A. Kur et T. Dreier, « *European intellectual property law, Text, cases & materials* » (uniquement en anglais), Edward Elgar, USA, 2013.

⁹⁰ L'ACTA a été signé par l'Union européenne, le Japon, l'Australie, le Canada, le Mexique, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, Singapour, la Corée du Sud et les Etats-Unis. Il n'entrera en vigueur qu'après avoir été ratifié par six pays. A ce jour, seul le Japon a procédé à la ratification de l'accord.



L'ACTA a été signé par l'Union européenne le 26 janvier 2012 à Tokyo et devait être signé et ratifié par l'ensemble des Etats membres de l'UE, dans la mesure où il intervenait dans un domaine de compétences partagées avec les autorités nationales, comme la répression pénale. Après la signature de l'accord par l'Union européenne et ses Etats membres⁹¹, l'ACTA devait encore être notifié au Parlement européen pour le lancement officiel de sa procédure de consentement avant l'adoption de la décision définitive du Conseil de l'Union européenne et ainsi débiter son processus de ratification au niveau national. Cependant, après des mois d'intenses débats au sein de la société civile et des ONG au sujet du risque que pouvait présenter cet accord pour les libertés individuelles et les droits fondamentaux, comme le droit au respect de la vie privée, la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel, le Parlement européen a finalement rejeté l'ACTA le 4 juillet 2012 à une large majorité⁹², ce qui signifie que ni l'Union européenne, ni aucun de ses Etats membres, ne peut adhérer à cet accord.

2.1.5. Le respect du droit d'auteur et les droits de l'homme

Au cours de la dernière décennie, la société civile et la sphère politique internationale se sont inquiétées des rapports entre, d'une part, le respect du droit d'auteur et, d'autre part, les droits fondamentaux des contrevenants supposés, tels que le droit à la protection des données à caractère personnel et de la vie privée et la liberté d'expression. Il convient de rappeler à cet égard que les droits de l'homme et les libertés fondamentales représentent les fondements traditionnels sur lesquels le droit d'auteur s'est développé à l'échelon international. Ainsi, en vertu de l'article 27(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹³, chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Cette disposition a été reprise presque mot pour mot dans l'article 15(1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)⁹⁴. En outre, au niveau du Conseil de l'Europe, même si la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵ ne comporte aucune disposition spécifiquement applicable au droit d'auteur, elle codifie le principe de la liberté d'expression et de communication dans son article 10(1), tandis que son article 10(2) prévoit des restrictions en matière de protection des droits d'autrui qui, comme cela est communément admis, englobent les droits des créateurs. Par ailleurs, même si la propriété intellectuelle n'est pas explicitement mentionnée, la Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu que le droit d'exploitation est également prévu par l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention, qui garantit la protection de la propriété. La seule réserve formulée au sujet de ce droit

⁹¹ Seuls 22 Etats membres ont effectivement signé l'ACTA à Tokyo le 26 janvier 2012 : l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovénie et la Suède.

⁹² Résolution législative du Parlement européen du 4 juillet 2012 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord commercial anti-contrefaçon entre l'Union européenne et ses Etats membres, l'Australie, le Canada, la République de Corée, les Etats-Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume du Maroc, les Etats-Unis mexicains, la Nouvelle-Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse (12195/2011 – C7-0027/2012 -2011/0167(NLE)),

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0287+0+DOC+XML+V0//FR>.

⁹³ Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), <http://www.un.org/fr/documents/udhr/index.shtml>.

⁹⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966),

<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁹⁵ Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20 mars 1952, Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.



d'exploitation porte sur le fait que les Etats sont habilités à adopter la législation qu'ils jugent nécessaire pour réglementer l'usage des biens, notamment au titre de l'intérêt général⁹⁶.

2.2. Le cadre juridique de l'UE relatif à la lutte contre les atteintes en ligne aux droits de propriété intellectuelle

Au niveau de l'Union européenne, les directives relatives à l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et au respect des droits de propriété intellectuelle constituent des instruments utiles pour lutter contre les atteintes au droit d'auteur, aussi bien en ligne que hors ligne. Ces textes sont complétés par des dispositions particulières qui visent à déterminer auprès de quelle instance les procédures relatives à la propriété intellectuelle peuvent être engagées. Des questions spécifiques se posent toutefois pour faire respecter le droit d'auteur dans un environnement en ligne, ce qui suppose d'autres ensembles de lois, comme les dispositions applicables au commerce électronique dans le marché intérieur et à la protection des données à caractère personnel.

2.2.1. Les atteintes au droit d'auteur dans le droit de l'UE

2.2.1.1. Les obligations générales selon la directive InfoSoc

La directive InfoSoc⁹⁷ est parvenue à réaliser l'harmonisation la plus ambitieuse dans ce domaine au niveau de l'Union européenne. Elle vise à prendre en compte les évolutions technologiques et à transposer dans le droit de l'Union européenne les principales obligations internationales qui découlent du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). La directive InfoSoc harmonise plusieurs droits essentiels (le droit de reproduction, le droit de distribution, le droit de communiquer au public des œuvres et le droit de les mettre à la disposition du public) des auteurs et des titulaires de droits (artistes-interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes, producteurs de films et organismes de radiodiffusion), ainsi que les limitations et exceptions à ces droits.

Pour ce qui est du respect de ces droits, la directive InfoSoc ne contient que quelques dispositions fondamentales, qui imposent aux Etats membres de prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement des mesures techniques et contre « la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services », qui permettent ou facilitent le contournement des mesures techniques (article 6).

⁹⁶ E. Derclaye, *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009 (uniquement en anglais).

⁹⁷ 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,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=EN>.



2.2.1.2. La réparation au civil prévue par la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle

Alors que les directives antérieures relatives à la propriété intellectuelle se contentaient de mentionner de manière très générale que les Etats membres devaient prévoir une réparation appropriée en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle⁹⁸, ce n'est qu'en 2004 que, au moyen de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, l'Union européenne a mis en place des conditions équitables visant à faire respecter ces droits dans ses différents Etats membres, en harmonisant ces mesures dans l'ensemble de l'Union européenne. Cette directive impose à tous les pays de l'Union européenne d'appliquer des réparations et sanctions efficaces, dissuasives et proportionnées contre les auteurs d'actes de contrefaçon et de piratage. Elle pose comme principe général que ces mesures doivent être justes et équitables, ne doivent pas être excessivement complexes ou coûteuses et ne doivent pas fixer de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés (article 3). Elle vise par ailleurs à définir un cadre général pour l'échange d'informations entre les autorités nationales compétentes. La Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle se caractérise par :

- une « solution unique » : la directive a une approche transversale et s'applique à l'ensemble des infractions à la réglementation relative aux droits de propriété intellectuelle⁹⁹, aussi bien le droit d'auteur que la propriété industrielle, qui en vertu du droit européen ont été harmonisés au sein de l'Union européenne ;
- un champ d'application limité aux infractions commises à des fins commerciales, à savoir les actes commis en vue d'un avantage économique ou commercial direct ou indirect, ce qui exclut normalement les actes qui sont perpétrés par des consommateurs finaux agissant de bonne foi, conformément à la directive ;
- une harmonisation minimale qui repose sur la logique de la « meilleure pratique » : les Etats membres peuvent appliquer d'autres sanctions appropriées en cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle, sous réserve toutefois que ces sanctions soient plus favorables au titulaire des droits concernés ;
- le fait qu'elle se limite à des mesures de droit civil : la directive intègre dans le cadre juridique de l'Union européenne des mesures relevant du droit civil prévues par l'Accord sur les ADPIC. Elle va au-delà des dispositions minimales énoncées par l'Accord sur les ADPIC, puisqu'elle porte également sur, notamment, les dommages-intérêts, les mesures correctives et les éléments de preuve ;
- le fait que les personnes ayant qualité pour demander l'application de ces mesures sont non seulement les titulaires de droits, mais également les personnes ayant un intérêt direct et le droit d'ester en justice dans la mesure où la législation applicable le permet et conformément à celle-ci, comme les organisations de gestion collective de ces droits qui représentent leurs intérêts collectifs et individuels.

Les dispositions de la directive abordent plus précisément :

⁹⁸ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32004L0048R%2801%29>.

⁹⁹ Pour davantage d'informations sur ce point, voir la Déclaration de la Commission concernant l'article 2 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005C0295&from=EN>.



- les pouvoirs conférés aux autorités judiciaires pour réunir les éléments de preuve (article 6) et la conservation des éléments de preuve (article 7) ;
- le droit de la victime d'une infraction à obtenir des informations auprès de tiers, comme la possibilité de contraindre l'auteur d'une infraction et tout tiers qui y a participé commercialement à divulguer des informations sur l'origine des marchandises contrefaisantes, ainsi que sur les réseaux de distribution (article 8) ;
- les mesures provisoires et conservatoires telles que les ordonnances de référé ou les saisies de marchandises suspectes (article 9) ;
- les mesures correctives, y compris le rappel et la mise à l'écart définitive des circuits commerciaux des marchandises contrefaisantes (article 10) ;
- les injonctions permanentes (article 11) ;
- les mesures alternatives, comme le paiement à la partie lésée d'une réparation pécuniaire si le contrevenant a agi de manière non intentionnelle et sans négligence (article 12) ;
- le pouvoir d'imposer aux contrevenants de s'acquitter de dommages-intérêts (article 13) ;
- les mesures relatives aux frais de justice (article 14) et à la publication des décisions de justice (article 15).

La Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle devait être transposée en droit interne par l'ensemble des Etats membres avant le 29 avril 2006. Bien que le texte n'ait pas entraîné d'importantes modifications des législations nationales, sa transposition a pris un temps considérable. Comme le montre l'évaluation de l'application pratique et des effets de la directive réalisée par la Commission en 2010¹⁰⁰, la mise en œuvre de ce texte se heurtait encore à cette date à des difficultés dans certains Etats membres. Ce rapport concluait de fait que, malgré une amélioration globale des procédures de respect des droits de propriété intellectuelle, la quantité et la valeur financière des atteintes à ces droits étaient particulièrement inquiétantes et que la directive était devenue à certains égards obsolète à l'ère du numérique et insuffisante pour lutter efficacement contre les infractions commises en ligne.

La Commission estimait que cette situation tenait notamment aux divergences d'interprétation et d'application concrète de certaines dispositions de la directive par les Etats membres et par les juridictions nationales. Elle soulignait tout particulièrement qu'un certain nombre de mesures qui doivent être prises à l'encontre des intermédiaires, telles que le droit d'information, les mesures provisoires et conservatoires ou les injonctions, ne pouvaient être appliquées en pratique en raison du niveau de preuve généralement assez élevé exigé par les juridictions nationales. En outre, plusieurs incertitudes subsistent à propos de la notion « d'intermédiaire », de l'interprétation élargie qui en est faite par un certain nombre d'Etats membres et des mesures spécifiques applicables aux intermédiaires qui ont contribué à ce qu'une infraction soit commise, ou l'ont facilitée, indépendamment de leur responsabilité.

L'exigence de juste équilibre entre le droit d'information et la législation relative au respect de la vie privée énoncée par la directive représente un autre frein important à la lutte contre la contrefaçon en ligne. Le droit d'information impose ainsi à l'auteur de l'infraction ou à un tiers de

¹⁰⁰ Voir le Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2010) 779 final, 22 décembre 2010,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0779:FIN:FR:PDF> et le Document de travail des services de la Commission qui l'accompagne « *Analysis of the application of Directive 2004/48/EC in the Member States* » (Analyse de l'application de la Directive 2004/48/CE dans les Etats membres), SEC(2010) 1589 final (uniquement en anglais),

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:1589:FIN:EN:PDF>.



communiquer aux titulaires de droits des informations sur l'origine des marchandises contrefaites et leur circuit de distribution. La principale difficulté que rencontre l'exercice de ce droit tient à l'existence d'un droit concurrent au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. La Commission a constaté que la législation nationale en matière de protection et de conservation des données à caractère personnel d'un certain nombre d'Etats membres, semblait reconnaître ce droit d'information de manière très restrictive. Le rapport de 2010 soulignait par ailleurs que le montant des dommages-intérêts accordés en cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle restait relativement peu élevé et ne semblait pas suffisamment dissuasif pour empêcher d'éventuels auteurs d'infractions d'exercer des activités illicites. Au vu de ces conclusions, la Commission a estimé que plusieurs points devaient être réexaminés et précisés, y compris le rapport entre la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle et d'autres directives, pour adapter ses dispositions à l'immense défi que représente aujourd'hui le respect des droits de propriété intellectuelle sur internet et dans l'environnement numérique.

2.2.1.3. L'absence d'harmonisation des sanctions pénales au sein de l'UE

Bien que la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle ne traite pas des sanctions pénales, le considérant 28 énonce que :

[e]n plus des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues au titre de la présente directive, des sanctions pénales constituent également, dans des cas appropriés, un moyen d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

Le fait est que la plupart des législations nationales relatives à la propriété intellectuelle, au sein de l'Union européenne, prévoient, en plus de réparations au civil, des sanctions pénales pour les infractions aux droits de propriété intellectuelle. Mais, bien que l'Union européenne et ses Etats membres soient liés depuis le 1^{er} janvier 1995¹⁰¹ par l'Accord sur les ADPIC, il n'existe aucune harmonisation de la législation et de la procédure pénales au sein de l'Union européenne. Le cadre commercial des droits de propriété intellectuelle n'est par conséquent toujours pas assorti d'un cadre pénal destiné à sanctionner le non-respect de ses normes.

La Commission européenne a pourtant tenté à plusieurs occasions d'intervenir dans ce domaine, tout d'abord par la rédaction en 2003 d'un premier projet de Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁰², qui prévoyait des sanctions pénales, mais a été par la suite abandonné. Puis en juillet 2005, elle a proposé une directive relative à l'harmonisation des mesures pénales¹⁰³, qui prévoyait l'application de sanctions pénales à l'ensemble des atteintes intentionnelles aux droits de propriété intellectuelle commises à une échelle commerciale, ainsi que pour toute aide, complicité ou incitation relative à ces infractions, et les assimilait à des infractions pénales,

¹⁰¹ Pour davantage de précisions sur le chapitre 2 de l'Accord sur les ADPIC, voir le paragraphe 2.1.2. de la présente publication.

¹⁰² Pour une précédente proposition de directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, voir COM(2003) 46 final, <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/180910>.

¹⁰³ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2005) 276 final, 12 juillet 2005.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=COM:2005:276:FIN&from=FR>, et, consécutivement, Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2006) 168 final, 26 avril 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/193131>, et <http://db.eurocrim.org/db/fr/doc/741.pdf>



conformément aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Cette proposition avait cependant été rejetée par le Parlement européen, en raison, notamment, de l'insuffisance de son fondement juridique¹⁰⁴, et avait été officiellement retirée par la Commission européenne en septembre 2010¹⁰⁵. La question de l'harmonisation dans le droit de l'Union européenne des sanctions pénales applicables aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle est cependant restée à l'ordre du jour de la Commission, qui a par la suite poursuivi ces initiatives sur le plan extérieur au moyen de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA). Toutefois, comme nous l'avons précédemment expliqué¹⁰⁶, ces tentatives ont été bloquées par le Parlement européen.

2.2.1.4. La compétence judiciaire et le droit applicable

La compétence judiciaire en matière de contentieux civil sur des questions de propriété intellectuelle, ainsi que la législation applicable aux questions non contractuelles portant sur la propriété intellectuelle, sont régies par le Règlement Bruxelles I¹⁰⁷, remplacé par le Règlement « refonte »¹⁰⁸ et par le Règlement Rome II¹⁰⁹.

En ce qui concerne la compétence judiciaire applicable, le principe général veut que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre » (article 2 du Règlement Bruxelles I, désormais article 4 du Règlement Bruxelles I refonte), et que, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, ces personnes peuvent encore être poursuivies « [...] devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » (article 5(3) du Règlement Bruxelles I/article 7(2) du Règlement Bruxelles I refonte).

Cependant, lorsqu'il est question d'une atteinte au droit d'auteur commise en ligne, la localisation de ce « lieu » n'est dans les faits pas toujours simple à déterminer, puisque cette atteinte peut difficilement être réputée s'être produite dans un lieu précis qui peut se définir sur la base d'un critère de territorialité et peut par conséquent se traduire par des préjudices « délocalisés ». La Cour de justice de l'Union européenne s'est appliquée à interpréter cet article en

¹⁰⁴ Le premier texte avait été proposé dans le cadre du premier pilier, qui conférait à la Commission un droit exclusif d'initiative en matière législative. Le deuxième instrument avait en revanche été proposé dans le cadre du troisième pilier, au titre duquel ce droit d'initiative législative était partagé entre les Etats membres et la Commission. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne avait rendu un arrêt deux mois plus tard dans l'affaire C-176/03, *Commission c. Conseil et Parlement* (Décision-cadre relative à la protection de l'environnement), disponible sur :

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:116015&from=EN>, dans lequel elle posait pour principe que ni le droit pénal ni la procédure pénale ne relevaient de la Communauté. Pour de plus amples précisions sur la proposition relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, voir C. Geiger (éd.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, octobre 2012, Elgar E. Publishing.

¹⁰⁵ JO n° C252/7 du 18 septembre, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:252:0007:0011:FR:PDF>.

¹⁰⁶ Voir le paragraphe 2.1.4. de la présente publication.

¹⁰⁷ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »),

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001R0044&from=EN>.

¹⁰⁸ Règlement (EU) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement refonte),

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/eu/eu194fr.pdf>.

¹⁰⁹ Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), (2007) JO n° L199/40, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0864&from=en>.



adoptant un certain nombre de critères différents, dont le plus récent à la date de cette publication a été précisé dans l'arrêt *Hejduk*, rendu en janvier 2015¹¹⁰.

Pour ce qui est de la législation applicable, le Règlement Rome II (voir le considérant 26 et l'article 8(1) du règlement Rome II)¹¹¹ prévoit un régime spécial d'obligations non contractuelles portant sur la législation relative au droit de propriété intellectuelle, selon lequel il convient d'appliquer la législation du pays dans lequel la protection est demandée (*lex loci protectionis* ou *lex protectionis*). Dans la pratique cependant, l'application de la *lex protectionis* est contestée dans l'environnement en ligne lorsque le contenu est diffusé sur internet, dans la mesure où une atteinte à la propriété intellectuelle se produit, ou est susceptible de se produire, simultanément dans tous les pays où le contenu concerné est techniquement accessible et doit être jugée selon les différentes législations en vigueur dans chacun de ces pays¹¹². De telles situations pourraient se traduire par des actions en justice intentées en parallèle dans une multitude de pays, ainsi que par l'application de nombreuses législations nationales différentes, qui finiraient par faire obstruction à la justice.

Il est par conséquent légitime de considérer que si le régime spécial prévu par le Règlement Rome II ne donne pas satisfaction, le régime général relatif aux faits dommageables serait applicable¹¹³. Ce régime général prévoit qu'il convient d'appliquer la législation du pays dans lequel le fait dommageable survient, quels que soient les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait se produisent (article 4(1) du Règlement Rome II), qu'il s'agisse ou non de la législation d'une partie contractante (article 3 du Règlement Rome II). Toutefois, un certain nombre de questions subsistent, comme la détermination du pays, c'est-à-dire s'il doit s'agir du pays dans lequel les répercussions économiques d'une infraction commise dans plusieurs Etats sont les plus fortes, ou les questions relatives aux exonérations prévues par le régime général¹¹⁴.

Malgré l'absence de dispositions spécifiques en matière d'atteintes au droit d'auteur commises dans plusieurs Etats ou partout en Europe, les décisions de justice qui interdisent ou visent à réglementer ces comportements en ligne ont généralement dans les faits des répercussions à l'échelle mondiale, même si elles ne s'appliquent qu'à un territoire national précis. Par exemple, lorsqu'une décision de justice ordonne la fermeture d'un site en raison d'une atteinte au droit d'auteur, elle affecte le flux de données de l'ensemble des pays dans lesquels le site est accessible, et ne se limite donc pas seulement au pays où la décision de justice a été rendue. Néanmoins, les décisions rendues dans de tels cas se fondent généralement sur l'application du seul droit national. Bien souvent, lorsque les tribunaux calculent le montant du préjudice subi, ils ne se limitent pas aux pertes subies dans un seul pays, bien qu'ils n'examinent quasiment jamais cette question au regard de la législation de l'ensemble des pays où ces infractions ont été commises. En raison de l'absence de solution satisfaisante, l'élaboration à l'échelle mondiale d'un cadre rigoureux et transparent applicable au règlement des litiges liés à l'omniprésence de ces infractions est souvent jugée indispensable.

¹¹⁰ Pour de plus amples informations sur ce point, voir l'affaire *Hedjuk* au chapitre 5 de la présente publication.

¹¹¹ Le champ d'application des dispositions visant à déterminer la loi applicable aux obligations non contractuelles est défini à l'article 15 du Règlement Rome II. La loi déterminée par ces dispositions s'applique « [aux] conditions et [à] l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent », ainsi qu'aux limitations et exonérations de responsabilité (article 15(1) (a), (b)) – couvrant ainsi tant la violation de ces droits que les voies de recours.

¹¹² Voir l'affaire *Lagardère* au chapitre 5 de la présente publication.

¹¹³ A. Savin et J. Trzaskowski (éd.), *Research Handbook on EU Internet Law*, (2014), E. Elgar Publishing, page 207

¹¹⁴ Comme lorsque les parties ont une résidence habituelle commune (article 4(2) Rome II) ; lorsque les faits dommageables sont manifestement davantage reliés à un pays autre que le pays spécifié par l'article 4(1) ou 4(2) (article 4(3) Rome II) ; où lorsque les parties choisissent « de façon certaine » d'appliquer une loi différente (article 14 Rome II).



2.2.2. Les limites de la réglementation de l'UE en matière de lutte contre les atteintes en ligne au droit d'auteur

2.2.2.1. Le régime d'exonération de responsabilité des fournisseurs de services internet prévu par la directive sur le commerce électronique

La directive sur le commerce électronique¹¹⁵ prévoit un cadre neutre d'un point de vue technologique pour la fourniture transfrontalière de services en ligne au sein de l'Union européenne grâce à un régime spécial de limitation de responsabilité applicable à certains types d'intermédiaires en ligne qui vise à parvenir à un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu¹¹⁶.

Elle énonce à cet égard des dérogations en matière de responsabilité applicables aux fournisseurs de services de la société de l'information lorsqu'ils hébergent ou transmettent un contenu illicite fourni par un tiers. Les fournisseurs de services internet peuvent, sous certaines conditions, bénéficier de ces dérogations lorsqu'ils proposent l'un des services intermédiaires définis aux articles 12 à 14 de la directive. Ainsi, un fournisseur de services internet dont l'action se limite au transport de données (c'est-à-dire la transmission de données par la fourniture d'un accès internet), qui procède au stockage de données dans la mémoire cache (c'est-à-dire réalise automatiquement des copies temporaires de données du web) ou héberge des contenus (c'est-à-dire stocke les contenus fournis par les utilisateurs d'un service en ligne), ne peut être tenu responsable de la présence de contenus illicites, sous réserve qu'il n'ait *effectivement pas connaissance* des contenus en question et, en cas d'hébergement, qu'il n'ait pas *connaissance* de faits ou de circonstances qui rendent apparent le contenu illicite. Dans tous les cas, à l'exception du stockage dans la mémoire cache, même si le fournisseur d'accès internet se voit systématiquement déchargé de toute responsabilité, il reste tenu, dès qu'il prend connaissance ou conscience de leur caractère illicite, de supprimer ou de désactiver promptement l'accès aux contenus litigieux¹¹⁷. L'article 15 de la directive sur le commerce électronique interdit par ailleurs aux Etats membres d'imposer aux fournisseurs de services internet une obligation générale de contrôle des contenus qu'ils transmettent ou hébergent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances qui révèlent des activités illicites¹¹⁸.

Malgré ce régime spécial d'exonération de responsabilité, les Etats membres peuvent exiger des fournisseurs de services internet une « obligation de vigilance » comme suit :

[l]a présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les Etats membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites (considérant 48 de la directive sur le commerce électronique).

¹¹⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:32000L0031&fromTab=ALL&from=en>.

¹¹⁶ Voir les considérants 41 et 46 de la directive sur le commerce électronique.

¹¹⁷ P. Torremans (éd.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, EE Elgar Publishing (uniquement en anglais).

¹¹⁸ Article 15(1) de la directive sur le commerce électronique.



La directive sur le commerce électronique encourage en outre à l'échelon de l'Union européenne l'élaboration de codes de conduite¹¹⁹ et d'accords volontaires entre les professionnels du secteur, ainsi que de procédures de « notification et de retrait »¹²⁰, afin que les fournisseurs de services puissent promptement supprimer ou rendre impossible l'accès au contenu illicite. Ce principe, également qualifié de « notification et action », concerne généralement une procédure qui vise à imposer à un intermédiaire de supprimer ou d'empêcher l'accès à une information ou à une activité, consécutive à une notification d'infraction. Le blocage peut se révéler l'unique solution lorsque le retrait est impossible du fait que l'activité ou l'information illicite en question est hébergée dans un pays différent de celui où se trouvent les serveurs du fournisseur de services internet.

D'autres directives posent également les jalons en vue d'un rôle actif des fournisseurs de services internet afin de garantir un meilleur respect du droit d'auteur en ligne. Ainsi, la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle prévoit, par exemple, que les Etats membres veillent, d'une part, à ce que les titulaires de droits soient en mesure de demander la prise d'une ordonnance contre les fournisseurs de services internet dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle (articles 9 et 11) et, d'autre part, encouragent l'élaboration de codes de conduite d'autorégulation dans ce domaine (article 17). Les droits fondamentaux sont également pertinents quand il est question de mettre en œuvre des procédures de notification et de retrait. Il convient de noter à cet égard qu'au sein de l'Union européenne, une approche graduée ou en « trois temps » prévue par la loi, qui visait à bloquer l'accès à internet des récidivistes, a été expressément rejetée par la Commission à l'occasion du débat sur le « Paquet Télécom » de 2009, c'est-à-dire le cadre réglementaire de l'Union européenne applicable aux communications électroniques¹²¹.

Bien qu'un certain nombre de codes volontaires et de procédures légales de notification et retrait et de blocage aient été élaborés par plusieurs Etats membres¹²², ces initiatives sont encore très fragmentées dans l'Union européenne, ce qui peut créer chez les intermédiaires une certaine insécurité juridique. En outre, comme l'a montré la consultation publique lancée par la Commission européenne en 2010 sur la transposition de la directive sur le commerce électronique et l'avenir du commerce électronique¹²³, de nombreuses questions subsistent au sujet de la mise en œuvre pratique de ces procédures, par exemple :

- le fait d'avoir « effectivement connaissance » et le type de « notification » : quel est le niveau exigé de précision de la notification qui permet de déterminer qu'un fournisseur de services internet a effectivement connaissance d'une infraction, sans que l'exigence de notification ne constitue une charge excessive ;
- faut-il opter pour une procédure de notification et de retrait ou « de notification et de suppression permanente » (« *notice and stay down* ») : dans quel cas une notification unique

¹¹⁹ Article 16 de la directive sur le commerce électronique.

¹²⁰ Considérant 40 et article 21(2) de la directive sur le commerce électronique.

¹²¹ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0140&from=EN>.

¹²² Pour de plus amples précisions sur le cadre juridique national, voir le chapitre 3 de la présente publication.

¹²³ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_fr.htm ; voir également le résumé des réponses à la Consultation publique sur l'avenir du commerce électronique dans le marché intérieur et la mise en œuvre de la directive commerce électronique (2000/31/CE),

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/e-commerce/summary_report_en.pdf (uniquement en anglais).



permettrait-elle à son destinataire d'avoir « effectivement connaissance » de toutes les futures infractions possibles analogues à l'infraction notifiée ?

- le fait de « rendre l'accès impossible » : alors que le terme « retirer », employé à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique s'interprète généralement comme « le retrait permanent » ou « la suppression » de contenus, le fait de « rendre l'accès impossible » peut donner lieu à des interprétations divergentes. Ainsi, certains fournisseurs de services d'hébergement utilisent des logiciels de géolocalisation afin d'empêcher l'accès aux seuls utilisateurs dont l'adresse IP se situe dans un pays où le contenu en question est jugé illicite ;
- le fait d'agir « promptement » : quel est le délai dont dispose le fournisseur de services internet pour retirer ou bloquer l'accès à un contenu dès qu'il a effectivement connaissance du caractère illicite de ce dernier, afin de bénéficier du régime d'exonération de sa responsabilité ?
- Quel degré de proportionnalité les demandes de notification et de retrait doivent-elles garantir ?

Il existe en effet une multitude de procédures souvent très différentes, ce qui explique la difficulté que rencontrent aussi bien les fournisseurs de services internet que les victimes de contenus illicites pour déterminer quelle mesure doit s'appliquer et sous quelle forme.

La question de la définition des activités intermédiaires donnée aux articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique¹²⁴ a également été soulignée par la Commission européenne dans le cadre de son réexamen de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, car ce point doit être encore précisé.

Plus précisément, le considérant 42 de la directive sur le commerce électronique réserve un régime d'exonération de responsabilité applicable aux fournisseurs de services internet dont l'activité revêt « *un caractère purement technique, automatique et passif* ». Cependant, de nouveaux services et modèles commerciaux ont fait leur apparition depuis l'adoption de la directive sur le commerce électronique, tels que les services de stockage sur le *cloud* et/ou de traitement de données ou les services qui fournissent des liens hypertextes. Il importe donc principalement de déterminer dans quelle mesure ces nouveaux services, qui ne sont pas expressément mentionnés par la directive, et pour lesquels la jurisprudence présente des divergences au niveau national, constituent des activités intermédiaires au sens des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique¹²⁵ et s'ils peuvent par conséquent bénéficier, en principe, d'une exonération de responsabilité¹²⁶.

¹²⁴ Voir le Document de travail de la Commission, Services en lignes, y compris le commerce électronique, dans le marché unique, qui accompagne la Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne, SEC(2011) 1641 final, 11 janvier 2012,

http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011_1641_en.pdf (uniquement en anglais).

¹²⁵ Les considérants de la directive sur le commerce électronique donnent des indications pour déterminer si certains services peuvent bénéficier d'une exonération de responsabilité. Premièrement, le considérant 42 indique que cette activité devrait revêtir un caractère « purement technique, automatique et passif ». Deuxièmement, le considérant 43 précise qu'un intermédiaire « [ne devrait être] impliqué en aucune manière dans l'information transmise ». Enfin, le considérant 44 déclare qu'un intermédiaire ne peut « collabor[er] délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales ».

¹²⁶ Par exemple, les juridictions nationales interprètent de manière différente le partage de vidéos ou les sites de partage de fichiers, les plateformes de vente en ligne ou les réseaux sociaux. Pour d'autres exemples de la jurisprudence nationale, voir le chapitre 5 de la présente publication.



2.2.2.2. Respect du droit d'auteur contre protection des données

La protection des droits de propriété intellectuelle et le droit au respect de la vie privée sont deux droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle s'est vue conférer une valeur juridique contraignante en 2009 avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne¹²⁷. L'article 7 de la Charte énonce en particulier le droit reconnu à toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ; l'article 8 prévoit quant à lui le droit à la protection des données à caractère personnel et que ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi (article 8(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). D'autre part, l'article 17 de la Charte garantit le droit reconnu à toute personne de jouir de ses biens et pose comme seule réserve à ce droit la possibilité pour les Etats membres de réglementer par la loi l'exercice de ce droit si l'intérêt général le commande. Plus encore, l'article 17, alinéa 2, de la Charte des droits fondamentaux énonce expressément que « [l]a propriété intellectuelle est protégée ». Compte tenu de ces dispositions, il appartient au législateur national de parvenir à un juste équilibre entre l'ensemble des droits fondamentaux concernés, comme l'avait conclu la Cour de justice de l'Union européenne en 2008¹²⁸.

A l'instar du respect des droits de propriété intellectuelle, la protection des données à caractère personnel a été harmonisée à l'échelon de l'Union européenne. Cette harmonisation s'est pour l'essentiel opérée par le biais de la directive relative à la protection des données¹²⁹, qui sera bientôt remplacée par le règlement général sur la protection des données (GDPR)¹³⁰. Conformément à cette directive, les données à caractère personnel doivent être traitées loyalement et licitement, collectées à des fins déterminées, explicites et légitimes et ne pas faire l'objet d'un traitement ultérieur qui soit incompatible avec ces finalités. En outre, la directive relative au respect de la vie privée et des communications électroniques¹³¹, telle que modifiée par la directive relative aux droits des citoyens¹³², vise notamment à permettre aux citoyens d'exercer un contrôle sur les informations stockées sur leur dispositif informatique et leurs périphériques connectés à internet ou extraites depuis ces derniers.

Toute législation nationale doit se conformer à ces directives, ainsi qu'à la directive InfoSoc et à la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, en matière de

¹²⁷ L'article 6(1) du Traité sur l'Union européenne fait référence à la Charte et énonce qu'elle a la même valeur juridique. L'article 118 du Traité de Lisbonne met également tout particulièrement l'accent sur la propriété intellectuelle

¹²⁸ Voir le chapitre 5 de la présente publication.

¹²⁹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:114012&from=EN>.

¹³⁰ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) – Préparation d'une orientation générale, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/fr/pdf>.

¹³¹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN>.

¹³² Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le Règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:fr:PDF>.



respect des droits de propriété intellectuelle, ces directives entrent à plusieurs égards en conflit les unes avec les autres. C'est notamment le cas du droit d'information énoncé par l'article 8 de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui reconnaît à un titulaire de droits la faculté de saisir l'autorité judiciaire compétente pour ordonner au fournisseur de services de lui communiquer des renseignements permettant d'identifier une personne susceptible d'avoir commis une infraction à une échelle commerciale ou un site web, dont l'adresse IP dynamique a été attribuée de manière automatique par le fournisseur de services internet. Ce droit d'information est une condition préalable indispensable pour qu'un titulaire de droits puisse faire respecter ses droits¹³³. L'exercice de ce droit soulève cependant dans la pratique plusieurs questions dans certains Etats membres, en raison de la transposition restrictive des directives de l'Union européenne relatives à la protection des données à caractère personnel en droit interne et des interprétations divergentes des juridictions nationales, par exemple la preuve du caractère protégé du contenu, de la détention de droits exclusifs et de l'infraction ; l'exigence d'un avertissement préalable adressé aux fournisseurs de services internet par les titulaires des droits de propriété intellectuelle, etc.

2.2.3. La stratégie de l'UE dans les pays tiers en vu du respect des droits de propriété intellectuelle

Le respect des droits de propriété intellectuelle s'inscrit dans le cadre de la politique commerciale menée par l'Union européenne à l'égard des pays tiers au moyen d'accords commerciaux bilatéraux dans lesquels figurent des chapitres entiers consacrés aux droits de propriété intellectuelle. Ces instruments bilatéraux visent à offrir un degré de protection en matière de propriété intellectuelle équivalent à celui en vigueur au sein de l'Union européenne, tout en tenant compte du niveau de développement du pays concerné¹³⁴.

L'Union européenne a également régulièrement pris part à des réunions, des dialogues et des groupes de travail avec certains pays partenaires afin d'aborder des questions spécifiques à la propriété intellectuelle, qui portaient pour l'essentiel sur le respect des droits de propriété intellectuelle¹³⁵. En outre, comme bon nombre d'autres organisations internationales¹³⁶, l'Union européenne a consacré d'importantes ressources à la propriété intellectuelle à travers les programmes d'assistance technique¹³⁷ destinés à aider les pays tiers à renforcer leurs régimes de droits de propriété intellectuelle. Cette coopération comprend notamment une assistance à l'élaboration de projets de lois sur la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, un échange d'informations, des campagnes de sensibilisation et une aide à la création ou au renforcement des agences et des services nationaux des droits de propriété intellectuelle. Cette dimension internationale de l'intervention de l'Union européenne s'inscrit dans le cadre d'une stratégie globale¹³⁸, qui analyse les principales évolutions de l'environnement international en

¹³³ Article 8(1)(c) de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹³⁴ *EU Trade relations world wide – a map*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149622.jpg (uniquement en anglais).

¹³⁵ EU dialogues with priority countries on intellectual property issues, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_151009.pdf (uniquement en anglais).

¹³⁶ Par exemple l'OMPI, l'OEB, la Banque mondiale, le PNUD, la CNUCED, l'OMS et l'OMD.

¹³⁷ EU technical assistance programmes in the field of intellectual property, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/april/tradoc_150990.pdf (uniquement en anglais).

¹³⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Commerce, croissance et propriété intellectuelle - Stratégie pour la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers, SWD(2014) 204 final, COM(2014) 389 final, 1^{er} juillet 2014,



matière de propriété intellectuelle afin d'être en mesure de relever de manière satisfaisante les défis actuels en la matière.





3. Le cadre juridique national

3.1. Des traditions et systèmes juridiques différents

En dépit d'un rapprochement des législations au travers des accords internationaux et des processus d'harmonisation à l'échelon de l'Union européenne, la dichotomie « copyright contre droit d'auteur » reste très présente dans le cadre réglementaire applicable au droit d'auteur et aux droits voisins. La citation suivante résume assez bien cette situation :

La conception retenue par le droit civil [...] place l'auteur au premier plan et en fait un élément central. Les exploitants et utilisateurs ultérieurs de l'œuvre, c'est-à-dire les artistes-interprètes ou exécutants, les sociétés d'enregistrement, les radiodiffuseurs et les câblodistributeurs, ne sont que des acteurs accessoires qui n'occupent qu'une place secondaire [...].

La conception traditionnelle du droit d'auteur dans la common law est plus pragmatique. Le copyright sert à propulser les œuvres sur le marché et présente ouvertement les caractéristiques d'un instrument qui est avant tout au service du commerce, bien plus qu'au service de la culture, et d'un outil davantage destiné à l'entrepreneur des médias qu'à l'auteur¹³⁹.

Sur le plan de la législation relative au droit d'auteur, s'il existe une délimitation entre, d'une part, les pays de *common law*, comme le Royaume-Uni, les Etats-Unis ou le Canada et, d'autre part, les pays de droit civil, comme la France, l'Italie ou l'Espagne, cette distinction ne transparaît plus nécessairement de manière aussi nette dans les systèmes nationaux qui visent à faire respecter le droit d'auteur. Les pays mentionnés partagent certes des notions communes qui servent à définir les droits des auteurs, mais ils ont mis en place des systèmes différents pour assurer leur protection, comme c'est le cas d'ailleurs dans de nombreux autres Etats.

3.2. Des méthodes différentes pour assurer le respect du droit d'auteur en ligne

La multiplicité des méthodes employées pour faire respecter le droit d'auteur et traiter les atteintes à celui-ci en ligne transparaît à plusieurs niveaux :

- les personnes visées par la législation
- le type d'infraction et de procédure
- l'éventail et l'objectif des mesures adoptées.

¹³⁹ D. Vaver, « *The Copyright Mixture in a Mixed Legal System: Fit for Human Consumption?* », *Electronic Journal of Comparative Law*, volume 5.2, mai 2001, <http://www.ejcl.org/52/art52-3.html>.



3.2.1. Les personnes visées

Les services proposés sur les réseaux de communications électroniques comptent une multitude d'acteurs ; chacun d'eux est associé à une série de responsabilités différentes en fonction du cadre réglementaire qui leur est applicable.

Du point de vue du droit positif applicable au droit d'auteur, la chaîne de responsabilité débute avec les personnes qui transfèrent et téléchargent des contenus illicites. Dans l'environnement en ligne, le fait de savoir qu'un acte constitue une violation du droit d'auteur est particulièrement important ; or, du fait de la coexistence d'une multitude d'options légales et illicites, les utilisateurs n'ont pas nécessairement conscience d'enfreindre la législation. C'est la raison pour laquelle certains pays européens ont opté pour une « réponse graduée »¹⁴⁰ à l'encontre des particuliers.

La deuxième catégorie d'acteurs est celle des fournisseurs de services internet, tels que les définit la directive sur le commerce électronique¹⁴¹, qui peuvent se voir imposer, lorsqu'ils proposent des services d'hébergement, de retirer un contenu illicite et, lorsqu'ils proposent un accès à internet, de bloquer l'accès à l'ensemble des sites web qui mettent à disposition des contenus illicites. Ces personnes visées bénéficient d'une exonération de responsabilité dès lors qu'ils n'ont pas pleinement connaissance d'une activité illicite et, s'ils en ont connaissance, dès lors qu'ils font preuve de diligence pour supprimer ou désactiver l'accès au contenu illicite. Comme cette participation des fournisseurs de services internet à des mesures visant à faire respecter le droit d'auteur est le seul domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation, la plupart des Etats membres disposent déjà de procédures judiciaires ou administratives pour ordonner le retrait d'un contenu ou le blocage d'un site en cas d'infraction avérée au droit d'auteur.

Les principaux outils qui permettent de faire respecter le droit d'auteur sont les procédures « de notification et de retrait » qui se fondent sur la DMCA¹⁴² (loi américaine relative au droit d'auteur à l'ère du numérique) ou sur les procédures nationales des Etats membres de l'Union européenne, en visant l'infraction principale (mise à disposition et téléchargement de contenus) et la responsabilité accessoire des intermédiaires, comme les fournisseurs d'hébergement.

Une troisième méthode visant à assurer le respect du droit d'auteur consiste à viser les bénéficiaires des activités qui enfreignent le droit d'auteur, ce qui est jugé plus pertinent. Cette méthode est illustrée par les initiatives volontaires prises selon l'approche « *follow the money* »¹⁴³ (« suivez l'argent »), qui visent les annonceurs et les intermédiaires financiers, c'est-à-dire les vrais responsables de la monétisation des contenus qui enfreignent la législation relative au droit d'auteur. Cet outil est utilisé dans de nombreux pays de l'Union européenne, malgré l'absence

¹⁴⁰ « Des systèmes de « réponse graduée » imposent généralement aux fournisseurs de services internet de prendre des mesures à l'encontre des utilisateurs soupçonnés de porter atteinte au droit d'auteur, dont l'éventail va de l'avertissement à la collecte des allégations formulées à l'encontre des particuliers et leur communication aux titulaires de droits d'auteur, jusqu'à la suspension et l'éventuelle fermeture du service concerné ». Voir N. Suzor et B. Fitzgerald, « *The legitimacy of graduated response schemes in copyright law* » (en anglais), UNSW Law Journal, 2011, Volume 34, n° 1, http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/1_suzor_2011.pdf.

¹⁴¹ Pour davantage de précisions, voir le paragraphe 2.2.2.

¹⁴² Loi américaine relative au droit d'auteur à l'ère du numérique de 1998, visant à transposer dans la législation américaine les traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, <http://copyright.gov/title17/92appb.pdf>. Voir B. Child, « *Hollywood: piracy sites must shut within 24 hours* » (en anglais), *The Guardian*, 1^{er} mai 2015, <http://www.theguardian.com/film/2015/may/01/hollywood-torrent-piracy-sites-must-shut-within-24-hours>.

¹⁴³ Voir C. Manara, « *Attacking the Money Supply to Fight Against Online Illegal Content?* » (en anglais), septembre 2012, http://faculty-research.edhec.com/medias/fichier/edhec-position-paper-attacking-the-money-supply_1350462532740.pdf et plus largement le chapitre 4 de la présente publication.



d'harmonisation dans ce domaine et, par conséquent, l'existence d'approches divergentes. Le débat actuel sur une réglementation affûtée et performante (REFIT)¹⁴⁴ par les directives pertinentes de l'Union européenne permettra notamment d'examiner cet aspect.

Face aux personnes visées figurent les personnes habilitées à bénéficier d'une protection en cas d'atteinte au droit d'auteur. En dehors des actions qui peuvent être engagées par les titulaires de droits individuels, les organisations de gestion collective ont également un rôle à jouer, puisqu'elles sont autorisées à agir pour le compte de leurs membres.

3.2.2. Le type d'infraction et de procédure

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la *common law* et le droit civil diffèrent traditionnellement l'un de l'autre notamment du fait qu'ils privilégient, pour l'une, les droits économiques et, pour l'autre, les droits moraux. Ces deux conceptions reflètent également des points de vue différents sur l'importance économique de l'infraction commise. Alors que, selon la « doctrine de l'usage équitable » anglo-saxonne¹⁴⁵, le profit est l'un des critères qui doit être pris en compte afin de déterminer s'il y a eu violation du droit d'auteur, la directive InfoSoc énumère les exceptions et restrictions possibles à la protection du droit d'auteur. Dans ce dernier cas, le profit n'est pas mentionné comme un élément discriminatoire lors de l'évaluation de la subsistance d'une infraction.

Une fois établie l'absence d'usage légitime des œuvres protégées par le droit d'auteur, et donc l'existence d'une violation du droit d'auteur, le type de procédure applicable dépend entièrement de chaque ordre juridique national.

Plusieurs sites web proposent des procédures de notification et de retrait en vertu desquelles les titulaires de droits d'auteur adressent à l'hébergeur du site concerné une demande (la « notification ») de suppression (le « retrait ») du contenu qui porte atteinte à leurs droits protégés¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Pour une vue d'ensemble du champ d'application du programme REFIT 2015 de la Commission européenne, voir la boîte à outils complète sur http://ec.europa.eu/smart-regulation/better-regulation/key-docs_en.htm. (uniquement en anglais). Pour plus de précisions, voir le paragraphe 6.1.3.

¹⁴⁵ La doctrine de l'usage équitable est consacrée par l'article 107 de la loi relative au droit d'auteur des Etats-Unis, <http://copyright.gov/title17/circ92.pdf>

« Limitations des droits exclusifs : l'usage équitable »

Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage équitable d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, y compris l'usage par reproduction de copies ou de supports sonores, ou par tout autre moyen précisé par le présent article, à des fins notamment de critique, de commentaires, de reportage, d'enseignement (y compris les reproductions multiples destinées à être utilisées en classe), universitaires ou de recherche, ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Afin de déterminer si l'utilisation particulière d'une œuvre représente un usage équitable, il convient de prendre en compte les éléments suivants : (1) Le but et le caractère de l'usage, notamment la distinction entre une utilisation de nature commerciale ou à des fins d'enseignement à but non lucratif ; (2) la nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur ; (3) l'importance et le caractère substantiel de la part de l'œuvre utilisée, par rapport à l'œuvre protégée dans sa totalité ; et (4) la conséquence de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur économique de l'œuvre protégée par le droit d'auteur ».

¹⁴⁶ Pour une vue d'ensemble des procédures de notification et de retrait à travers le monde, voir L. Michels, « *Enforcing Online Copyright Protections Abroad: Understanding Foreign Takedown Notice Requirements* », 2013, <http://theipexporter.com/2013/03/25/enforcing-online-copyright-protections-abroad-understanding-foreign-takedown-notice-requirements/> et, du même auteur, « *Enforcing Online Copyright Protections Abroad: Part II – South and East Asia* », 2014, <http://theipexporter.com/2014/08/25/enforcing-online-copyright-protections-abroad-part-ii-south-and-east-asia/> ; « *Enforcing Online Copyright Protection Abroad: Part III – South America* », 2014, <http://theipexporter.com/2014/10/13/enforcing-online-copyright-protection-abroad-part-iii-south-america/> ; « *Part IV: Enforcing Online Copyright Protection Abroad: North and Central America* », 2014, <http://theipexporter.com/2014/12/06/part-iv-enforcing-online-copyright-protection-abroad-north-and-central-america/>.



L'existence de procédures de notification et de retrait, ainsi que le fait d'y recourir, n'excluent pas pour autant l'utilisation de mesures proposées par les instances publiques pour le respect des droits de propriété intellectuelle. Les solutions nationales en vigueur en Europe sont très hétéroclites : il peut s'agir d'une procédure administrative, avec une instance publique comme en Espagne, une autorité indépendante comme en France ou une autorité de régulation comme en Italie et, dans certains cas, d'une cellule d'investigation spécifique¹⁴⁷, comme au Royaume-Uni¹⁴⁸, ainsi que d'une procédure judiciaire, prévue dans tous les pays.

Le cadre institutionnel relève du choix souverain de chaque Etat et l'Union européenne ne donne aucune indication contraignante sur la manière de mettre en place des procédures nationales, en dehors des principes généraux qui découlent de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire l'obligation d'agir de manière juste, équitable, sans complexité ni coût excessifs, sans délai déraisonnable ni retard injustifié. Le cadre national présente par conséquent une certaine diversité en termes de durée, de mesures et de coûts¹⁴⁹.

3.2.3. Les types de mesures imposées

En matière de procédures, les diverses mesures appliquées à l'échelon national présentent également une certaine diversité. Sous réserve que ces mesures soient « efficaces, proportionnées et dissuasives », conformément à la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, les Etats membres sont libres de choisir celles qu'ils jugent les plus appropriées en cas de violation du droit d'auteur en fonction de leur ordre juridique national.

Outre des injonctions préliminaires ou des mesures provisoires qui peuvent être ordonnées par les tribunaux en fonction des caractéristiques de chaque affaire, les sanctions infligées par les instances nationales dans ce domaine particulier peuvent avoir un but pédagogique ou répressif. Selon la qualification nationale de l'infraction, les sanctions peuvent être de nature administrative ou pénale, sans préjudice d'une réparation au civil en cas d'indemnisation.

Mais c'est principalement le type d'acteur visé qui rend les infractions en ligne si particulières. Lorsque les mesures visent les particuliers, comme cela peut être le cas en France et au Royaume-Uni, l'application d'une réponse graduée¹⁵⁰ – notamment par l'envoi d'une série de

¹⁴⁷ Une conférence organisée en 2014 à Alicante par l'OHMI, Eurojust et Europol, intitulée « *Infringements of Intellectual Property Rights on the Internet* » (« Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet »), a spécifiquement examiné les diverses activités d'enquête, réalisées à la fois par des organismes publics et le secteur privé,

https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/Knowledge-building-events/Infringements%20of%20Intellectual%20Property%20Rights%20on%20the%20Internet_en.pdf (en anglais).

¹⁴⁸ Il convient de mentionner le partenariat entre la cellule de lutte contre les infractions en matière de propriété intellectuelle de la police de Londres (PIPCU), l'industrie du secteur de la publicité du Royaume-Uni et les titulaires de droits, baptisé « *Operation Creative and the Infringing Website List (IWL)* »,

<http://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/pipcu/Pages/Operation-creative.aspx>. Cette cellule, financée par l'Office britannique de la propriété intellectuelle a obtenu de très bons résultats,

<https://www.gov.uk/government/news/overall-fall-in-reported-intellectual-property-crime>, comme l'a également souligné le dernier Rapport 2014/15 sur les infractions en matière de propriété intellectuelle,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/461792/ip-crime-report-2014-15.pdf.

¹⁴⁹ Pour un aperçu récent des pays sélectionnés, voir *BOP Consulting with DotEcon* pour l'IPO (Office de la propriété intellectuelle), « *International Comparison of Approaches to Online Copyright Infringement: Final Report* », 2015/40, (uniquement en anglais),

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/404429/International_Comparison_of_Approaches_to_Online_Copyright_Infringement.pdf.

¹⁵⁰ R. Giblin, « *Evaluating Graduated Response* », *Columbia Journal of Law and Arts*, 2014,



courriers – vise à combiner un avertissement initial à but pédagogique avec la nécessité d’infliger des sanctions en cas d’infractions répétées.

Lorsque les fournisseurs d’accès internet sont concernés, le type de mesure¹⁵¹ dépend de leurs activités. S’il s’agit de fournisseurs de services d’hébergement qui exercent un contrôle sur les contenus qu’ils hébergent sur leurs serveurs, il peut leur être demandé de supprimer de manière sélective le contenu illicite, sans que cela n’ait de conséquence sur l’ensemble du site web où apparaît le contenu litigieux. En revanche, lorsque l’action des fournisseurs de services se limite au transport de données, c’est-à-dire au transfert de contenus sur les réseaux de communications électroniques, il peut leur être demandé de bloquer l’accès à un site web qui diffuse des contenus illicites, car ces fournisseurs ne pourraient éventuellement accéder au contenu concerné qu’au moyen d’une inspection en profondeur des paquets de données (*deep packet inspection* – DPI)¹⁵².

Compte tenu de la prise de conscience insuffisante dont témoignent plusieurs enquêtes, des pays comme la France, l’Italie et le Royaume-Uni, ont également commencé à prendre des mesures positives visant à promouvoir et encourager la consommation de contenus licites afin d’inverser progressivement cette tendance à l’utilisation illicite des contenus. Ces initiatives semblent être particulièrement efficaces pour les plateformes qui privilégient la diffusion de contenus en *streaming* au téléchargement¹⁵³.

3.3. Les exemples nationaux

Compte tenu de la diversité des traditions législatives sur lesquelles reposent les différents systèmes nationaux de lutte contre les atteintes au droit d’auteur commises en ligne, il serait illusoire de chercher à mettre en place un modèle universel. La Commission européenne avait déjà souligné en 2012 qu’il existait autant de systèmes juridiques nationaux différents que d’Etats membres¹⁵⁴ et, depuis cette date, aucune nouvelle initiative d’harmonisation n’a été prise.

<http://lawandarts.org/wp-content/uploads/sites/4/2014/01/JLA-37.2-Evaluating-Graduated-Response.pdf> (en anglais), offre une vue d’ensemble des dispositifs législatifs et privés dans certains pays (respectivement en France, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, à Taiwan, en Corée du Sud, en Irlande et aux Etats-Unis) et de leur fonctionnement. Ces mêmes pays, mais avec une attention particulière sur les questions technologiques, sont examinés par S. Elton, « *A Survey of Graduated Response Programs to Combat Online Piracy* » (en anglais), *Journal of the Music and Entertainment Industry Educators Association*, volume 14, n°1, 2014, <http://www.meiea.org/Journal/Vol.14/Elton-MEIEA Journal vol 14 no 1 2014-p89.pdf>.

¹⁵¹ Ces mesures imposées sous forme de sanctions ne remplacent pas les mesures techniques volontairement mises en place par les fournisseurs de services internet, comme la décision de ralentir le débit internet. Voir G. Smith, « *Verizon Copyright Alert System Would Throttle Internet Speeds Of Repeat Online Pirates* » (en anglais), *Huffington Post*, 11 janvier 2013, http://www.huffingtonpost.com/2013/01/11/verizon-copyright-alerts-piracy_n_2459133.html.

¹⁵² « L’inspection en profondeur des paquets de données (*deep packet inspection* – DPI) désigne normalement une technologie qui permet à des dispositifs d’inspection de paquets de données, comme les pare-feu et les IPS, d’analyser en profondeur les contenus de paquets de données, et notamment les informations tirées des sept couches du modèle OSI ». Voir à cet égard A. Ramsos, « *Deep Packet Inspection Technologies* » (en anglais), http://www.infosectoday.com/Articles/Deep_Packet_Inspection_Technologies.htm, in H. F. Tipton et M. Krause M. (éd.), *Information Security Management Handbook*, Sixième édition, Volume 3, New York : Auerbach Publications, 2009.

¹⁵³ Le plus fort taux de téléchargements illicites au Royaume-Uni (D. Gayleand et H. Siddique, « *Game of Thrones pirate downloads: Britain leads the world* », *The Guardian*, 13 avril 2015,

<http://www.theguardian.com/tv-and-radio/2015/apr/13/game-of-thrones-pirate-downloads-britain-leads-the-world>) contraste avec la tendance opposée constatée en Norvège grâce à la consommation de contenus en *streaming* (J. Cook, « *Norway has figured out how to solve the problem of music piracy* », *Business Insider*, 27 janvier 2015,

<http://www.businessinsider.com.au/norway-music-piracy-statistics-2015-1>).

¹⁵⁴ Commission européenne, « Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne », COM(2011) 942 final,



La directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle porte principalement sur les systèmes judiciaires, qui demeurent à l'évidence le principal pilier de la mise en œuvre du respect du droit d'auteur à l'échelon national ; elle a conservé un niveau minimum de garanties et d'instruments applicables à l'Europe entière. Une protection judiciaire est de fait assurée dans l'ensemble des Etats membres, mais elle ne comporte aucun point particulier qui soit sujet à discussion en dehors des questions très complexes du droit applicable et de la juridiction compétente en cas d'utilisation illicite en ligne, qui impose aux tribunaux de faire office de fer de lance de l'application de la législation relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁵⁵. Outre les tribunaux, un certain nombre de pays ont commencé à réfléchir à d'autres moyens d'assurer la protection du droit d'auteur, en y associant des instances administratives. La durée et le coût importants des procédures judiciaires expliquent en partie pourquoi la nécessité de trouver des solutions immédiates adaptées à la protection du droit d'auteur dans l'environnement en ligne s'est traduite par la mise en place de nouveaux moyens d'intervention.

Les parties qui suivent porteront sur les systèmes qui se sont révélés particulièrement innovants pour la participation des instances administratives dans la lutte contre ces infractions en ligne. Elles recensent les principales caractéristiques des systèmes adoptés en France, en Italie, en Espagne et au Royaume-Uni. Il convient de noter que même si ces systèmes sont traités dans une même partie, il n'existe pas de véritable cohérence entre ces différents modèles. Ces combinaisons d'outils prennent des formes très variées : une réponse graduée en France et au Royaume-Uni, des autorités de régulation indépendantes en Italie et au Royaume-Uni, la participation du pouvoir judiciaire dans certaines circonstances en France, en Espagne et au Royaume-Uni, des mesures contre les utilisateurs finaux en France et au Royaume-Uni, des mesures contre les sites web en Espagne et en Italie, la mention expresse de procédures de notification et de retrait en Espagne et en Italie, cette liste étant loin d'être exhaustive. Ces modèles ont tous fait l'objet de vifs débats dans la société civile et ont donné lieu à l'intervention des cours constitutionnelles française, italienne, espagnole, ainsi que de la Haute Cour de justice du Royaume-Uni.

3.3.1. La France

A l'issue d'un long et houleux débat, la première loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet », connue sous l'appellation HADOPI 1, a été adoptée en juin 2009¹⁵⁶, à l'exception des dispositions qui avaient été jugées contraires à la Constitution¹⁵⁷. Le texte visait à établir des mesures contre le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur, ainsi qu'à encourager la consommation licite de contenus. Cette loi a par ailleurs institué une autorité administrative spécifique pour la diffusion et la protection des œuvres créatives sur internet, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), dont la mission consiste à exercer un contrôle sur les activités en ligne des internautes. L'Autorité pouvait

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0942&from=en>. Pour de plus amples détails, voir le paragraphe 6.1.2.

¹⁵⁵ Voir les paragraphes 2.2.1.4. et 5.5.

¹⁵⁶ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet,

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=944EF82A71586BA1A3D5ED8FF4550372.tpdila17v_2?cidTexte=JORFTEXT000020735432&categorieLien=cid.

¹⁵⁷ Décision n°2009-580 DC du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009,

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=944EF82A71586BA1A3D5ED8FF4550372.tpdila17v_2?cidTexte=JORFTEXT000020735682&categorieLien=cid.



ainsi, en cas d'infractions constatées, adresser des avertissements au moyen d'une approche graduelle, afin de persuader les contrevenants de cesser leurs activités illicites.

A la suite d'une nouvelle décision du Conseil constitutionnel¹⁵⁸, la loi HADOPI 2, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, a été adoptée en octobre 2009¹⁵⁹ ; le nouveau texte prévoyait qu'après deux avertissements adressés au contrevenant pour téléchargement illicite, une décision de justice pouvait imposer en cas de récidive la déconnexion de l'accès internet de l'internaute récidiviste concerné.

Ce système, opérationnel depuis octobre 2010, a donné lieu à un nombre particulièrement considérable d'avertissements¹⁶⁰. Malgré ces chiffres élevés, le débat sur d'éventuelles modifications de la loi se poursuit en France, même si aucune initiative officielle n'a été prise jusqu'à présent¹⁶¹. Deux rapports politiques ont vu le jour en 2013 ; ils comportaient des propositions concrètes visant à modifier cette approche : le rapport Imbert-Quaretta¹⁶², rendu par la commission de protection des droits de la HADOPI en février 2013 et le rapport Lescure¹⁶³ rendu en mai 2013 par le conseiller spécial du gouvernement compétent en la matière. Il convient de préciser ce que la HADOPI elle-même considère comme des défaillances de ses propres activités :

Afin de lutter contre le streaming et le téléchargement direct illicites, il n'y a pas une solution unique, mais un ensemble de mesures cohérentes et complémentaires à la fois efficaces et respectueuses des libertés fondamentales. Ces mesures tiennent compte des limites de dispositifs légaux existants et des politiques publiques qui tendent à une implication des intermédiaires dans la prévention et la cessation des infractions.

Les pistes d'évolution envisagées visent ainsi à responsabiliser davantage les sites de contenus et de référencement mais également à impliquer l'ensemble des intermédiaires de l'écosystème du streaming et du téléchargement direct. Dans cette perspective, est encouragée l'autorégulation sous l'égide de l'autorité publique plutôt que la recherche de nouveaux dispositifs contraignants¹⁶⁴.

Ces deux rapports ont souligné la nécessité d'apporter une réponse concrète et, dans le cadre d'une requête spéciale formulée par le gouvernement, un second rapport Imbert-Quaretta¹⁶⁵ a proposé quatre outils spécifiques : 1) des accords avec les annonceurs et les intermédiaires de paiement en ligne, 2) une information publique sur les sites web qui portent massivement atteinte au droit d'auteur, 3) une injonction de retrait prolongée applicable à certaines œuvres piratées, 4)

¹⁵⁸ Décision n° 2009-590 DC du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009,

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208113&categorieLien=cid>.

¹⁵⁹ Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet,

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>.

¹⁶⁰ Les derniers chiffres indiqués par la HADOPI, en juin 2015, font état de près de 5 millions de premières recommandations depuis le début de ses activités, <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/ChiffresRGjuin15.pdf>.

¹⁶¹ Pour une rapide vue d'ensemble du débat actuel en France, voir M. Rees, « L'avant-projet de loi pour surarmer la Hadopi », Next Impact, 11 juin 2015, <http://www.nextinpact.com/news/95357-lavant-projet-loi-pour-surarmer-hadopi.htm>.

¹⁶² M. Imbert-Quaretta, « Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites », février 2013, http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_streaming_2013.pdf.

¹⁶³ P. Lescure, « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », mai 2013, http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescur/index.htm.

¹⁶⁴ Extrait des conclusions du Rapport Imbert-Quaretta.

¹⁶⁵ M. Imbert-Quaretta, « Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne », mai 2014, <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Ressources/Rapports/Outils-operationnels-de-prevention-et-de-lutte-contre-la-contrefacon-en-ligne>.



un dispositif de suivi à long terme des décisions de justice portant sur des infractions commises à large échelle.

En mars 2015, le gouvernement a annoncé son nouveau plan d'action¹⁶⁶, qui visait à prendre des mesures pour s'attaquer au financement des sites spécialisés dans les atteintes au droit d'auteur d'œuvres diffusées sur internet ; pour exercer un contrôle de l'efficacité de l'ensemble des sanctions, y compris le blocage, imposées aux intermédiaires techniques ; pour avoir un impact sur les plateformes de partage de vidéos qui, outre l'hébergement qu'elles proposent, distribuent et « expriment [également] leur opinion » sur certains contenus.

3.3.2. L'Italie

Partiellement inspirées par la solution retenue en France, les mesures prises par l'Italie pour lutter contre le piratage en ligne prévoient également l'implication d'une instance administrative, à savoir l'Autorité italienne des communications, l'AGCOM (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), mais leur approche procédurale est différente.

L'AGCOM a été instituée en 1997 en qualité de régulateur de l'ensemble du secteur des communications et, en 2000, des compétences en matière de droit d'auteur¹⁶⁷ lui ont été conférées dans le cadre des modifications apportées à la loi générale relative au droit d'auteur ; le nouvel article 182-bis confère à présent à l'AGCOM et à la société de gestion collective SIAE des pouvoirs de contrôle spécifiques. En 2003, lors de la transposition de la directive sur le commerce électronique en droit interne italien¹⁶⁸, le décret d'application précisait que le pouvoir judiciaire ou l'autorité administrative qui dispose de pouvoirs de contrôle pouvait imposer aux fournisseurs de services, au moyen d'une procédure de référé, de faire cesser ou d'empêcher une infraction afin de supprimer immédiatement ou de désactiver l'accès à tout contenu illicite. En 2010, lorsque la Directive SMAV¹⁶⁹ a été transposée dans la législation italienne¹⁷⁰, l'AGCOM s'était également vu confier des pouvoirs réglementaires spécifiques en la matière.

Avant d'exercer sa compétence réglementaire, et compte tenu du débat suscité par la législation française relative au respect du droit d'auteur, l'AGCOM a lancé une vaste consultation publique, qui a finalement duré plus de trois ans¹⁷¹. Sur la base des observations formulées par les

¹⁶⁶ Communiqué de presse du ministère français de la Culture du 11 mars 2015, « Stratégie du Gouvernement concernant la lutte contre le piratage des œuvres sur internet », <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Lutte-contre-le-piratage>. Voir A. Blocman, « Piratage des œuvres sur internet : le plan d'action du gouvernement », IRIS 2015-4/9, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2008, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/4/article9.fr.html>.

¹⁶⁷ Loi n° 633 du 22 avril 1941, « *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* », telle que modifiée par la loi n° 248 du 18 août 2000, « *Nuove norme di tutela del diritto di autore* ». Le texte consolidé, dans lequel figure le nouvel article 182-bis est disponible sur : <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1941-04-22:633!vig=>.

¹⁶⁸ Décret-loi n° 70 du 9 avril 2003, « *Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico* », <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-04-09:70!vig=>.

¹⁶⁹ Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007L0065&from=EN>.

¹⁷⁰ Décret-loi n° 44 du 15 mars 2010, « *Attuazione della direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive* » <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010:44>.

¹⁷¹ Les trois consultations publiques qui ont précédé l'adoption définitive du règlement de l'AGCOM en matière de protection du droit d'auteur sont les suivantes :



parties prenantes lors de ces consultations et par la Commission européenne à la suite de la notification du projet de règlement¹⁷², conformément à la directive Transparence¹⁷³, le texte définitif a été adopté en décembre 2013¹⁷⁴.

Afin d'encourager le développement et la protection des œuvres numériques, ce règlement met en place un Comité spécial composé de représentants de l'industrie, de consommateurs et des organismes publics compétents en matière de droit d'auteur, afin de favoriser l'adoption de codes d'autorégulation pour les procédures de notification et de retrait¹⁷⁵ et les initiatives de type « suivez l'argent ».

Le texte prévoit par ailleurs une procédure basée sur les plaintes déposées pour demander à l'AGCOM d'assurer le respect de la législation en matière de droit d'auteur, en établissant une distinction entre les procédures ordinaires et les procédures accélérées, dont les durées sont respectivement de 35 et 12 jours. En cas d'atteinte constatée sur un site web hébergé par des fournisseurs de services établis en Italie, l'AGCOM peut ordonner aux fournisseurs italiens de services d'hébergement concernés de retirer le contenu illicite de leurs serveurs. Lorsque les serveurs en question se trouvent en dehors du territoire italien, l'AGCOM peut, en cas d'infractions massives, ordonner à un fournisseur dont le rôle se limite au transport de données de bloquer l'accès à l'intégralité des sites web concernés. L'AGCOM peut, en cas de non-respect de ses injonctions, infliger une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 250 000 EUR. Toutes les décisions prises par l'AGCOM sont accessibles dans leur intégralité sur un site web¹⁷⁶ consacré à cet effet et peuvent être contestées devant un tribunal.

Tout comme en France, la constitutionnalité des procédures administratives visant à faire respecter le droit d'auteur a suscité de vifs débats en Italie. Plusieurs associations de consommateurs ont contesté le règlement et, le 25 juin 2014, le Tribunal administratif de Rome a suspendu la procédure et a saisi la Cour constitutionnelle¹⁷⁷ d'une demande de décision

Résolution n° 668/10/CONS du 17 décembre 2010, « Consultazione pubblica su Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica », <http://www.agcom.it/documents/10179/539483/Delibera+668-10-CONS/b3be2cb8-0e63-4cbd-a79e-5daf2b25f927?version=1.0>;

Résolution n° 398/11/CONS du 6 juillet 2011, « Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica », <http://www.agcom.it/documents/10179/539629/Delibera+398-11-CONS/197741f1-1f3a-48dd-870f-b84cbe854ffb?version=1.0>;

Résolution n° 452/13/CONS du 25 juillet 2013, « Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70 », <http://www.agcom.it/documents/10179/540089/Delibera+452-13-CONS/0c05ccfa-8c02-4cd2-a66b-0bc528c4364c?version=1.0>.

¹⁷² Base de données TRIS, Notification n° 2013/496/l,

<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/fr/search/?trisaction=search.detail&year=2013&num=496>.

¹⁷³ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0034&from=EN>.

¹⁷⁴ Résolution n° 680/13/CONS du 12 décembre 2013, « Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 » (en italien),

<http://www.agcom.it/documents/10179/540163/Delibera+680-13-CONS/2fb37939-620c-410d-a23f-2150d505b103?version=1.1>. Voir F. Pellicanò, « L'AGCOM adopte un règlement sur la protection du droit d'auteur », IRIS 2014-3/31, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2014, <http://merlin.obs.coe.int/article.php?id=14571>.

¹⁷⁵ Les parties prenantes ont été invitées à indiquer leurs procédures de retrait et de notification à l'AGCOM et à les rendre publiques, <https://ddaonline.it/elenco.html>.

¹⁷⁶ L'ensemble des décisions adoptées par l'AGCOM sont intégralement publiées, <https://ddaonline.it/interventi.html>.

¹⁷⁷ Ordonnance n° 10016/14 du Tribunale amministrativo regionale (TAR) du Latium du 25 juin 2014, <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=JBZTMYIK7PMPDCLVJOU7KSJTXQ&g=>. Voir G. Frosio, « AGCOM Regulation Challenged before the Italian Constitutional Court: an Update », The Center for Internet Society,



préjudicielle. Le 20 Octobre 2015 la Cour a déclaré l'inadmissibilité de la question, au motif de manque de clarté¹⁷⁸.

3.3.3. L'Espagne

La *Ley Sinde* a été adoptée en mars 2011¹⁷⁹ pour doter l'Espagne d'un instrument efficace visant à lutter contre le nombre croissant d'atteintes au droit d'auteur en ligne, ainsi que pour instituer une commission spécifique de la propriété intellectuelle (*Comisión de Propiedad Intelectual*) dans le cadre de la direction générale de la propriété intellectuelle du ministère de la Culture et du Sport. Cette commission se subdivise en deux sections, l'une chargée des activités de médiation et d'arbitrage et l'autre habilitée à imposer aux fournisseurs de services internet de bloquer l'accès aux sites qui proposent un accès à des contenus protégés sans disposer des droits nécessaires.

Le règlement relatif à son fonctionnement a été adopté en décembre 2011¹⁸⁰ et prévoit une procédure basée sur des plaintes¹⁸¹ qui est analogue au système italien. Dès lors que la commission estime qu'une plainte est recevable, elle enjoint au contrevenant de supprimer le contenu illicite dans un délai de 48 heures ou de faire valoir ses observations. La décision finale de la commission doit être ratifiée par une ordonnance du tribunal si elle implique le blocage des activités du site concerné.

Tout comme en France et en Italie, le débat sur l'inconstitutionnalité de ces mesures s'est traduit par une décision de justice rendue en mai 2013¹⁸². En dehors d'une disposition particulière relative à la présomption d'une violation en cas de suppression spontanée d'un contenu, qui a été déclarée inconstitutionnelle, le règlement a été jugé conforme à la Constitution espagnole.

A la suite de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle, et compte tenu du nombre toujours important des infractions en ligne commises en Espagne¹⁸³, les pouvoirs de la commission de la propriété intellectuelle ont été étendus en novembre 2014 par la *Ley Lassalle*¹⁸⁴, qui prévoit

Stanford Law School, 3 février 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/02/agcom-regulation-challenged-italian-constitutional-court-update>.

¹⁷⁸ Décision n° 247/15 de la Cour constitutionnelle italienne du 20 Octobre 2015,

http://www.cortecostituzionale.it/stampaPronunciaServlet?anno=2015&numero=247&tipoView=P&usg=AFQjCNFSims41E_aJqv7uKhEEMsiuEhUlg.

¹⁷⁹ Loi n° 2/2011 du 4 mars 2011, « *de Economía Sostenible* » (en espagnol), <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>.

¹⁸⁰ Décret royal n° 1889/2011 du 30 décembre 2011, « *por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual* » (en espagnol), http://www.mecd.gob.es/legislacionconvenio/legislacion/real_decreto_1889_2011.pdf.

¹⁸¹ Les derniers chiffres publiés par la Commission montrent que ces activités ont eu un résultat satisfaisant. Voir Ministère espagnol de la Culture, communiqué de presse du 24 juillet 2015, « *El 98% de las webs requeridas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual han retirado los contenidos ilegales de Internet* » (en espagnol),

<http://www.mecd.gob.es/prensa-mecd/en/actualidad/2015/07/20150724-balance.html>. Pour le fonctionnement de la Commission, voir <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/en/areas-cultura/propiedadintelectual/informacion-general/gestion-en-el-ministerio/comision-de-propiedad-intelectual.html>.

¹⁸² Décision du 31 mai 2013 de la *Sala Tercera del Tribunal Supremo*, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/509757-sentencia-de-31-de-mayo-de-2013-anula-inciso-del-art-20-2-del-rd-1889-2011.html.

¹⁸³ J. Cantor-Navas, « *84% of Content Consumed in Spain is Pirated* », Billboard, 10 avril 2014,

<http://www.billboard.com/biz/articles/news/global/6049208/84-of-content-consumed-in-spain-is-pirated>.

¹⁸⁴ Loi n° 21/2014 du 4 novembre 2014, « *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* » (en espagnol), <https://www.boe.es/boe/dias/2014/11/05/pdfs/BOE-A-2014-11404.pdf>. Voir P. Hernández, « *Key Aspects of the New Reform of the Spanish Copyright Act* » (en anglais), Kluwer Copyright Blog, 10 novembre 2014, <http://kluwercopyrightblog.com/2014/11/10/key-aspects-of-the-new-reform-of-the-spanish-copyright-act/>.



désormais l'application de sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 600 000 EUR, et englobe également les intermédiaires de la société de l'information qui agissent en qualité de facilitateurs d'infractions au droit d'auteur en ligne.

En mars 2015¹⁸⁵, le Parlement a approuvé un projet de loi qui avait été présenté par le gouvernement en octobre 2013¹⁸⁶ en vue de réformer le Code pénal en matière d'infraction au droit d'auteur en ligne. Parallèlement à la réforme de la loi relative au droit d'auteur, les nouvelles dispositions du Code pénal modifié mettent en place la notion de « profit direct ou indirect » pour les infractions au droit d'auteur en ligne, en établissant une liste de critères permettant de déterminer la qualité de « facilitateurs » d'infractions en ligne, lesquels sont désormais placés au même niveau que les contrevenants directs¹⁸⁷.

3.3.4. Le Royaume-Uni

La loi relative à l'économie numérique de 2010 (DEA)¹⁸⁸ a modifié la loi relative aux communications de 2003¹⁸⁹ et a confié à l'Ofcom, le régulateur britannique des communications, des fonctions spécifiques en matière de protection du droit d'auteur. L'Ofcom doit ainsi adopter un code visant à réglementer l'obligation initiale faite aux fournisseurs de services d'adresser aux titulaires de droits d'auteur des notifications, ainsi qu'une liste des infractions commises. Le projet de code a fait l'objet d'une première consultation publique en 2010¹⁹⁰, puis à nouveau en 2012¹⁹¹, dans une version légèrement modifiée, mais aucune décision définitive n'a pour l'heure été prise.

La loi relative à l'économie numérique a été contestée devant la Haute Cour de justice par deux fournisseurs de services internet, qui invoquaient la violation des directives de l'Union européenne relatives au respect de la vie privée et aux télécommunications. Dans son arrêt rendu en avril 2011¹⁹², la Cour a rejeté l'ensemble des griefs avancés, à l'exception de la répartition du coût des mesures visant à faire respecter le droit d'auteur que doivent supporter les fournisseurs de services internet¹⁹³. A la suite de cette décision, l'Ofcom a lancé une nouvelle consultation publique

¹⁸⁵ Loi organique n° 1/2015 du 30 mars 2015, « *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* », http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_001_2015.pdf.

¹⁸⁶ *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enregistré lors du Congrès des députés du 4 octobre 2013, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF.

¹⁸⁷ L'article 151 de la loi, qui remplace l'article 270 du Code pénal espagnol prévoit une peine d'emprisonnement de six mois à quatre ans non seulement en cas de placement direct d'œuvres illicites sur internet, mais également pour les personnes qui facilitent l'accès à ces contenus ou leur localisation de manière active et volontaire, à l'exclusion des activités purement techniques (telles que les moteurs de recherche, comme le précise l'exposé des motifs de la loi), à des fins lucratives directes ou indirectes.

¹⁸⁸ Loi relative à l'économie numérique de 2010, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>.

¹⁸⁹ Loi relative aux communications de 2003, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>.

¹⁹⁰ Ofcom, « *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Draft Initial Obligations Code* » (uniquement en anglais), mai 2010, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/copyright-infringement/summary/condoc.pdf>.

¹⁹¹ Ofcom, « *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010* » (uniquement en anglais), juin 2012, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/online-notice/summary/notice.pdf>.

¹⁹² Haute Cour de justice, arrêt du 20 avril 2011, *British Telecommunications Plc & Anor, R* (sur requête de) c. *The Secretary of State for Business, Innovation and Skill*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2011/1021.html>.

¹⁹³ La question du coût a récemment également été au centre du débat en Irlande, à la suite de l'arrêt rendu par la Haute Cour irlandaise dans l'affaire *Sony Music Entertainment (Irlande) Ltd et autres c. UPC Communications Ireland Ltd*, <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/84D0803D3BC9AE1C80257E5100477A3D>. La Haute Cour avait ordonné aux fournisseurs de services internet de mettre au point un système de réponse graduée et d'en assurer le financement. Voir C. Markey et J. Byrne, « *ISPs face the cost of implementing a graduated response system to deal with copyright infringers* » (uniquement en anglais), LK Shields, juillet 2015, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=65ac59fa-83f7-4a03-b767-bc0dd38ce9db>.



sur l'adoption d'un code distinct de répartition du coût des mesures visant à faire respecter le droit d'auteur¹⁹⁴, mais il n'a pour l'heure pas davantage pris de décision définitive sur ce point.

Lorsque ces nouvelles procédures seront mises en place, les titulaires de droits pourront signaler aux fournisseurs de services internet les adresses IP qui ont été utilisées pour enfreindre le droit d'auteur en leur transmettant un rapport d'infraction au droit d'auteur (*Copyright Infringement Report* – CIR). Le fournisseur de services internet informera alors, à trois reprises au maximum, les internautes concernés qu'un CIR lui a été adressé à leur rencontre : le premier courrier sera suivi d'un second en cas de récidive dans un délai de six mois, et un troisième courrier sera à nouveau adressé si une nouvelle infraction est commise par l'internaute en question dans un délai d'un mois à compter du second courrier. Après le troisième « avertissement », l'utilisateur sera inscrit sur une liste de violation du droit d'auteur (*Copyright Infringement List* – CIL), qui pourra être transmise aux titulaires de droits à leur demande, sans préjudice d'un droit de recours et d'une demande de médiation.

D'ici à l'entrée en vigueur du mécanisme de réponse graduée¹⁹⁵, les procédures judiciaires habituelles restent applicables.

¹⁹⁴ Ofcom, « Online Infringement of Copyright: Implementation of the Online Infringement of Copyright (Initial Obligations) (Sharing of Costs) Order 2012 » (en anglais), juin 2012,

<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/onlinecopyright/summary/condoc.pdf>.

¹⁹⁵ A. Barron, « 'Graduated response' à l'Anglaise: online copyright infringement and the Digital Economy Act 2010 » (en anglais), LSE Research Online, Hart Publishing, 2011,

http://eprints.lse.ac.uk/41708/1/Graduated_response_%C3%A0_l%E2%80%99Anglaise_%28lsero%29.pdf.



4. Les initiatives d'autorégulation de l'industrie

Les initiatives prises par l'industrie peuvent être classées en deux grandes catégories :

- les initiatives motivées par des considérations économiques, comme l'approche « suivez l'argent » (« *follow the money* ») ;
- les approches dépourvues de dimension financière, comme les procédures de notification et de retrait et les campagnes de sensibilisation.

Ces deux types d'outils viennent compléter les dispositifs de politique publique¹⁹⁶, et ont eu un impact considérable sur la lutte contre le piratage en ligne¹⁹⁷.

4.1. Les initiatives motivées par des considérations économiques : « suivez l'argent »

Compte tenu de l'importance économique que représente le droit d'auteur pour l'industrie de la création artistique¹⁹⁸, l'approche « suivez l'argent » a été l'un des outils les plus étudiés pour lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Cette méthode vise à priver les sites illicites de leur manne financière, en associant volontairement à cette lutte l'ensemble des intermédiaires pertinents qui contribuent à générer les revenus tirés de ces activités illicites.

Deux principaux acteurs sont les moteurs du flux financier induit par le piratage : les annonceurs et les prestataires de services de paiement¹⁹⁹. L'approche « suivez l'argent » permet de prendre en compte chacun de ces protagonistes²⁰⁰.

¹⁹⁶ Ces mécanismes privés mis en place pour faire respecter le droit d'auteur ne sont pas exempts de critiques, voir EDRI, « *Human Rights and privatized law enforcement* » (en anglais), février 2014,

https://edri.org/wp-content/uploads/2014/02/EDRI_HumanRights_and_PrivLaw_web.pdf, et ne doivent pas être considérés comme une solution de remplacement aux mesures de politique publique.

¹⁹⁷ Chambre de commerce internationale et BASCAP, « *Roles and Responsibilities of Intermediaries* », mars 2015, <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/BASCAP/International-engagement-and-Advocacy/Roles-and-Responsibilities-of-Intermediaries/> (en anglais).

¹⁹⁸ OMPI, Comité consultatif sur l'application des droits, « *Application du droit d'auteur à l'ère du numérique : Données économiques empiriques et conclusions* », août 2015, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/fr/wipo_ace_10/wipo_ace_10_20.pdf. Sans entrer dans le débat sur les effets du piratage sur les industries créatives, voir également B. W. Schermer et N. Falot, « *'Because it's free' The damage to the Dutch film industry as a result of downloading from illegal sources* » (uniquement en anglais), Considerati, juin 2014, http://www.considerati.com/wp-content/uploads/2014/09/Beacuse_its_free-June-20141.pdf et C. Barbière, « *Piracy, the quiet killer of the EU's cultural industries* » (en anglais), euractiv.com, 16 octobre 2014, <http://www.euractiv.com/sections/languages-culture/piracy-quiet-killer-eus-cultural-industries-309242>.

¹⁹⁹ Pour un aperçu des activités de 30 des sites cyberlockers les plus populaires (sites qui stockent des fichiers pour le téléchargement ou le streaming) et du rôle du paiement en ligne et des annonceurs, voir NetNames, « *Behind the cyberlocker door: A Report on How Shadowy Cyberlocker Businesses Use Credit Card Companies to Make Millions* » (en anglais), un rapport commandé par Digital Citizens Alliance, 2014, <https://media.gractions.com/314A5A5A9ABBBBC5E3BD824CF47C46EF4B9D3A76/7843c97d-fd81-4597-a5d9-b1f5866b0833.pdf>. Voir également, Digital Citizens Alliance, « *Good Money Gone Bad: Digital Thieves and the Hijacking of the Online Ad Business A Report on the Profitability of Ad-Supported Content Theft* », février 2014,



Comme nous l'avons déjà indiqué²⁰¹, l'importance des recettes publicitaires des sites web ne cesse de croître²⁰² et les annonceurs peuvent jouer un rôle déterminant dans le blocage du flux pécuniaire drainé par les sites web qui proposent des contenus illicites. Conçue dans ses grandes lignes aux Etats-Unis²⁰³, l'approche « suivez l'argent » est de plus en plus mentionnée en Europe. La Commission européenne a expressément recommandé son application dans son Plan d'action sur le respect du droit d'auteur adopté en 2014²⁰⁴ :

La Commission facilitera l'élaboration de nouveaux protocoles d'accord volontaires visant à réduire les profits générés par les atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises à une échelle commerciale sur internet, à l'issue de dialogues des parties prenantes faisant intervenir prestataires de services publicitaires, services de paiement et chargeurs.

Le Royaume-Uni a été le pionnier européen de la mise en œuvre des initiatives « suivez l'argent »²⁰⁵. Un projet pilote baptisé *Infringing Website List* (IWL – liste des sites web contrevenants) a été lancé en 2013 dans le cadre d'une initiative conjointe des secteurs public et privé : les organismes de la création artistique établissent la liste initiale des sites contrevenants, qui est ensuite « vérifiée et confirmée preuve à l'appui » par la cellule de lutte contre la criminalité relative à la propriété intellectuelle de la police de Londres (*Police Intellectual Property Crime Unit – PIPCU*), qui fournit aux annonceurs une liste des sites indésirables avec lesquels ils doivent s'abstenir d'entretenir des rapports²⁰⁶.

Le protocole d'accord signé en Italie par IAB Italia, FPM et FAPAV en juin 2014, constitue une initiative similaire, bien qu'elle ait été prise uniquement par les acteurs de l'industrie²⁰⁷. L'approche « suivez l'argent » est également expressément mentionnée dans le règlement de l'AGCOM relatif

<http://media.digitalcitizensactionalliance.org/314A5A5A9ABBBC5E3BD824CF47C46EF4B9D3A76/4af7db7f-03e7-49cb-aeb8-ad0671a4e1c7.pdf>.

²⁰⁰ Chambre de commerce internationale (ICC) et BASCAP, « *Roles and Responsibilities of Intermediaries* », mars 2015, <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/BASCAP/International-engagement-and-Advocacy/Roles-and-Responsibilities-of-Intermediaries/> (en anglais).

²⁰¹ Voir le paragraphe 1.1.3. de la présente publication.

²⁰² PwC pour IAB, « *IAB internet advertising revenue report. 2014 full year results* » (en anglais), avril 2015, http://www.iab.net/media/file/IAB_Internet_Advertising_Revenue_FY_2014.pdf ; le rapport 2015 n'est pas encore disponible, voir le communiqué de presse « *U.S. Internet Ad Revenues Reach Historic \$13.3 Billion in Q1 2015, Representing 16% Increase Over Q1 2014 Landmark Numbers* », juin 2015,

<http://www.iab.net/about-the-iab/recent-press-releases/press-release-archive/press-release/pr-061115#sthash.SBSQ8P4I.dpuf>.

²⁰³ Pour un exemple d'actions concrètes, voir USC's Annenberg Innovation Lab, « *Online Advertising Transparency Report* », 2013, <http://www.annenberglab.com/projects/ad-piracy-report-0>. « *Follow the money* » ne figure pas dans le « *Transparency report* » de Google, <http://www.google.com/transparencyreport/> ou in *Google's Adword policy when addressing copyright*, <https://support.google.com/adwordspolicy/answer/6008942?vid=1-635795876259526720-185309259&rd=1> et

https://support.google.com/adwordspolicy/answer/6018015?hl=en&ref_topic=1626336&vid=1-635795876259526720-185309259.

²⁰⁴ Commission européenne, « *Vers un consensus renouvelé sur la protection des droits de propriété intellectuelle : un plan d'action de l'UE* », COM(2014) 392 final, juillet 2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0392&from=EN>.

Cet instrument a également été salué par le Conseil, voir « *Conclusions sur le respect des droits de propriété intellectuelle* », 4-5 décembre 2014, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2015321%202014%20INIT>.

²⁰⁵ M. Weatherley, « *'Follow the Money': Financial options to assist in the battle against Online IP piracy* » (en anglais), juin 2014, <http://www.olswang.com/media/48204227/follow-the-money-financial-options-to-assist-in-the-battle-against-online-ip-piracy.pdf>.

²⁰⁶ S. Dredge, « *Forget suing filesharers: in 2014, anti-piracy efforts follow the money* » (en anglais), avril 2014, <http://www.theguardian.com/technology/2014/apr/02/infringing-websites-list-anti-piracy>.

²⁰⁷ IFPI, « *IAB Italy, FPM and FAPAV united in preventing advertising on pirate websites a grey market that is worth \$227 million USD* » (en anglais), juin 2014, <http://www.ifpi.org/news/00-FIMI-announcement>. G. Bottà, « *Italia, un tridente per soffocare la pirateria* » (en italien), Punto Informatico, juin 2014, <http://punto-informatico.it/4068237/PI/News/italia-un-tridente-soffocare-pirateria.aspx>.



au droit d'auteur comme l'une des méthodes à examiner dans le cadre du Comité multipartite établi par ce même texte²⁰⁸.

La nouvelle loi espagnole relative à la propriété intellectuelle de novembre 2014 évoque la possibilité de demander aux intermédiaires financiers et aux annonceurs d'engager une coopération en vue de diminuer les violations du droit d'auteur en ligne²⁰⁹. Le Groupement des créateurs et de l'industrie des contenus (*Coalición de Creadores e Industrias de Contenido*) et l'Association espagnole des annonceurs (*Asociación Española de Anunciantes*) réfléchissent en ce moment à l'élaboration d'un code qui associe titulaires de droits et annonceurs sur le modèle du projet pilote britannique²¹⁰.

Les annonceurs français ont signé en mars 2015 une Charte « suivez l'argent »²¹¹, qui a été insérée dans le Plan d'action du gouvernement pour la lutte contre le piratage²¹².

4.2. Les approches dépourvues de dimension financière

4.2.1. Les procédures de notification et de retrait

L'industrie de la création artistique a beaucoup œuvré pour mettre en place des procédures volontaires de traitement des demandes de retrait de contenus disponibles sur internet. C'est le cas de la procédure « de notification et de retrait »²¹³ prévue par la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA - loi américaine relative au droit d'auteur à l'ère du numérique) et de la procédure de « notification et action »²¹⁴ mise en place dans le cadre de l'Union européenne. En vertu de la DMCA,

²⁰⁸ Résolution n° 680/13/CONS du 12 décembre 2013, « Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 » (en italien),

<http://www.agcom.it/documents/10179/540163/Delibera+680-13-CONS/2fb37939-620c-410d-a23f-2150d505b103?version=1.1>.

²⁰⁹ Loi n° 21/2014, du 4 novembre 2014, « por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil » (en espagnol), <https://www.boe.es/boe/dias/2014/11/05/pdfs/BOE-A-2014-11404.pdf>. Voir M. Andrevia, « Derecho de propiedad intelectual: modificación de la Ley de Propiedad Intelectual en virtud de la Ley 21/2014, de 4 de Noviembre (publicada en el B.O.E. el 5 de Noviembre de 2014) » (en espagnol), Marimón Abogados Revista Jurídica, décembre 2014,

<http://marimon-abogados.com/wp-content/uploads/2014/12/revista-jur%C3%ADdica-diciembre-20142.pdf>.

²¹⁰ Bien que la signature du code avait été annoncée en 2013 (IIPA, *2014 Spécial 301 Report on Copyright protection and enforcement*, <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301SPAIN.PDF>), des discussions préliminaires se poursuivaient en 2014, (ADEPI, *Los creadores proponen al sector de la publicidad colaboración y autorregulación*,

<http://adepi.net/2014/04/29/la-coalicion-de-creadores-propone-al-sector-de-la-publicidad-colaboracion-y-autorregulacion-para-reducir-la-presencia-de-marcas-y-anunciantes-en-las-paginas-web-de-pirateria/>.

²¹¹ Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, mars 2015, <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/Dossiers/Charte-des-bonnes-pratiques-dans-la-publicite-pour-le-respect-du-droit-d-auteur-et-des-droits-voisins>. G. Poussielgue, « Internet : Le gouvernement frappe les sites pirates au portefeuille », *Les Echos*, mars 2015, <http://www.lesechos.fr/tech-medias/medias/0204247549379-internet-le-gouvernement-frappe-les-sites-pirates-au-portefeuille-1104635.php>.

²¹² Plan d'action du gouvernement pour la lutte contre le piratage. Ministère de la Culture et des Communications, mars 2015, www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/112808/1295260/version/1/file/20150323_MCC-signature-charte-publicite.pdf.

²¹³ Cette procédure de notification et de retrait est prévue par la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512>, et concerne le retrait de contenus portant atteinte au droit d'auteur depuis un site web à la suite d'une déclaration sous serment du propriétaire de contenu en question.

²¹⁴ Commission européenne, « Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne », COM(2011) 942 final,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0942&from=en>. Cette Communication propose spécifiquement de créer un cadre européen horizontal pour les procédures de notification et d'action au vu du volume croissant des textes de loi et de la jurisprudence dans les Etats membres ; la Consultation publique sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les



la suppression (le « retrait ») rapide d'un contenu protégé par le droit d'auteur dès réception d'une « notification » exonère le fournisseur de services internet de toute responsabilité à l'égard de la violation du droit d'auteur. Cette procédure est appliquée par tous les sites établis aux Etats-Unis et est considérée comme un moyen de lutter rapidement et économiquement contre les violations du droit d'auteur :

Un fournisseur de services n'est pas tenu responsable [...] d'une atteinte au droit d'auteur commise du fait du stockage à destination d'un utilisateur d'un contenu présent sur un système ou un réseau contrôlé ou exploité par ou pour le fournisseur de services, dès lors que ce dernier [...] réagit avec diligence, sur notification d'une violation alléguée, pour supprimer ou rendre impossible l'accès au contenu réputé être en infraction ou faire l'objet d'une activité illicite²¹⁵.

A l'échelon de l'Union européenne, les procédures de notification et de retrait peuvent être mentionnées par le cadre réglementaire ou être appliquées dans le cadre d'initiatives d'autorégulation. Un protocole d'accord a été signé en 2011 pour lutter contre la vente de marchandises contrefaites sur internet en recourant également à la procédure de notification et de retrait²¹⁶. Mais cette démarche n'a pas encore été suivie d'initiatives prises dans l'ensemble de l'Europe à propos des contenus numériques protégés par le droit d'auteur. Il n'existe par conséquent pas de lignes directrices communes sur le moyen de mettre en place cette procédure, bien qu'elle repose sur le même principe. Le fournisseur de services a connaissance d'une infraction dès lors qu'elle lui est notifiée ; il peut alors décider d'agir ou non, dans le cadre d'un régime de stricte autorégulation appliqué par les sites web établis en Europe, nonobstant le fait qu'en agissant ainsi il satisfait à l'obligation de vigilance prévue par la directive relative au commerce électronique. En revanche, dès lors que cette notification est suivie d'une injonction judiciaire ou administrative, la situation est tout autre et le fournisseur de services est tenu d'agir.

La page de YouTube consacrée au fonctionnement du système *Content ID*²¹⁷ est étroitement liée aux procédures de notification et de retrait prévues par la loi américaine relative au droit d'auteur à l'ère du numérique (DMCA). Elle met à la disposition des titulaires de droits un système automatisé et évolutif qui leur permet d'identifier les vidéos YouTube qui comportent certains de leurs contenus. *Content ID* peut être utilisé par les titulaires de droits qui détiennent des droits exclusifs sur une partie significative d'un contenu original régulièrement mis en ligne par la communauté des utilisateurs de YouTube. Les titulaires de droits transmettent à YouTube des fichiers de référence (audio, visuels ou audiovisuels), ainsi que des métadonnées qui décrivent le contenu et précisent les régions géographiques dans lesquelles ils détiennent ces droits. Ces fichiers sont ensuite utilisés par YouTube afin d'analyser les vidéos transmises sur le serveur pour rechercher des contenus correspondants. Lorsqu'une correspondance est décelée, YouTube applique l'option retenue par les titulaires des droits, c'est-à-dire la monétisation, la recherche ou le blocage de la vidéo en question. *Content ID* effectue par ailleurs une « analyse des anciennes vidéos » de manière à identifier les vidéos correspondantes mises en ligne avant les fichiers de référence. Une analyse

intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative », lancée en septembre 2015, comportait diverses questions sur les procédures appliquées par les répondants,

http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=10932 (en anglais). Pour plus de précisions, voir le paragraphe 6.1.2.

²¹⁵ Voir l'article 512 de la DMCA.

²¹⁶ Protocole d'accord sur la lutte contre la vente de produits de contrefaçon sur internet, 4 mai 2011,

http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf (en anglais).

²¹⁷ Voir YouTube « Utiliser Content ID »,

https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=fr&ref_topic=4515467&vid=1-635799113680735986-2037337187



complète de ce type peut prendre un certain nombre de mois ; les vidéos les plus récentes et les plus populaires mises en ligne sont analysées en priorité.

Il convient de mentionner, en guise d'exemple de procédure de retrait et de notification établie dans le cadre d'une corégulation partielle, le Protocole d'accord portugais récemment conclu en matière de protection du droit d'auteur dans l'environnement numérique²¹⁸. Cet accord a été signé par des instances publiques et privées, les organismes publics de surveillance et de protection des consommateurs et en particulier l'organe représentatif des opérateurs de communications électroniques, les représentants des titulaires de droits, les associations d'annonceurs et d'agences de publicité, les associations de protection des consommateurs et l'instance chargée de la gestion, de l'enregistrement et de la conservation des noms de domaines en « .pt » de premier niveau (*Top Level Domain* – TLD). Le protocole fixe une procédure de blocage des sites web susceptibles d'enfreindre la législation relative au droit d'auteur. Cette procédure comprend la notification, par les signataires, à l'organisme de lutte contre le piratage MAPINET (*Movimento Civico Anti Pirataria na Internet*) des sites supposés enfreindre la législation du droit d'auteur, qui peut saisir d'une plainte l'Inspection générale des activités culturelles (IGAC) du ministère de la Culture. L'IGAC peut alors demander au fournisseur de services internet de bloquer l'accès aux sites concernés. Le critère essentiel retenu pour le blocage d'un site est celui de la présence sur ce même site d'au moins 500 contenus protégés ou de deux tiers de contenus protégés par le droit d'auteur²¹⁹. En outre, afin d'encourager l'utilisation licite de contenus protégés, un portail présentant une liste dynamique des sites qui proposent de manière licite de la musique, des jeux vidéo, des livres, des œuvres audiovisuelles et des événements sportifs sera mis en place²²⁰.

4.2.2. Les mesures positives : l'offre légale et la sensibilisation du public

Compte tenu de l'importance dans le débat public des questions relatives à la disponibilité d'options abordables en matière de consommation licite et de la nécessité de mettre en place des campagnes de sensibilisation sur la valeur économique des œuvres protégées, un nombre croissant de pays font état des mesures positives qu'ils ont prises pour accompagner les programmes visant à faire respecter le droit d'auteur.

On peut mentionner à ce propos le programme d'alerte volontaire en matière d'atteinte au droit d'auteur (VCAP), qui a été lancé au Royaume-Uni en septembre 2013 par l'industrie, avec le soutien du Gouvernement britannique, pour remédier à la difficulté de mettre en œuvre la loi relative à l'économie numérique²²¹. Ce programme (VCAP), cogéré et cofinancé par les fournisseurs de services internet et les créateurs de contenu, prévoit un programme d'alerte des internautes afin de les informer de toute activité illicite de partage de fichiers sur leur connexion, ainsi que de leur donner en parallèle des conseils pour les orienter vers des contenus licites.

²¹⁸ Communiqué de presse du Gouvernement portugais, 30 juillet 2015, « *Acordo de autorregulação protege direitos de autor em ambiente digital* » (en portugais).

²¹⁹ F. Caçador, « *A pirataria online tem os dias contados em Portugal? Acordo facilita bloqueio de sites pelos operadores* » (en portugais), http://tek.sapo.pt/noticias/internet/artigo/a_pirataria_online_tem_os_dias_contados_em_portugal_acordo_facilita_bloqueio_de_-43609kkc.html.

²²⁰ Communiqué de presse du Gouvernement portugais du 17 août 2015, « *Memorando de entendimento regula proteção de direitos de autor em ambiente digital* » (en portugais), <http://portugaldigital.pt/noticias/?id=38>.

²²¹ Voir la déclaration faite à la Chambre des communes par le sous-secrétaire d'Etat à la Culture, aux Médias et au Sport, le 13 février 2014, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm140213/halltext/140213h0001.htm#14021365000001>.



Ce programme s'inscrivait dans le cadre d'une initiative de plus grande envergure, *Creative Content*, lancée en juillet 2014²²², qui comprend une campagne de sensibilisation organisée par les créateurs de contenu et partiellement financée par les pouvoirs publics, visant à mieux faire comprendre la valeur et les avantages des contenus de divertissement et du droit d'auteur. Des campagnes pédagogiques sur l'existence d'un contenu légal sont également encouragées en France par la HADOPI et en Italie par l'industrie de ce secteur²²³.

La société britannique de gestion collective des droits d'interprétation et d'exécution d'œuvres musicales (PRS) a soumis une nouvelle proposition, « *Traffic Lights* »²²⁴, qui indique au moyen d'une signalétique aux utilisateurs qui accèdent à un site si ce dernier respecte ou non le droit d'auteur et facilite d'autres activités commerciales déloyales ou répréhensibles. Cette signalétique, qui apparaîtrait sous la forme d'une coche verte ou d'une croix rouge à côté du lien qui mène au site en question, pourrait s'appliquer à tout site, quelle que soit sa localisation, et ne se limiterait pas aux seuls sites établis au Royaume-Uni. Le cadre proposé comptabiliserait le nombre de demandes de « notification et de retrait » auxquelles le site n'a pas donné suite et utiliserait ce résultat pour déterminer s'il convient de lui infliger une sanction. Ce système nécessiterait la création d'une « autorité » centrale et indépendante qui aurait ainsi une vue d'ensemble des agissements d'un site.

²²² Communiqué de presse du Gouvernement britannique du 19 juillet 2014, « *New education programme launched to combat online piracy* », <https://www.gov.uk/government/news/new-education-programme-launched-to-combat-online-piracy>.

²²³ La HADOPI a débuté une classification des sites web qui propose des contenus licites, <http://www.offrelegale.fr/>; des initiatives analogues ont été prises par les professionnels du secteur, sous la forme de « *The content map* » au Royaume-Uni (<http://www.thecontentmap.com/>) et « *Mappa dei contenuti* » en Italie (<http://www.mappadeicontenuti.it/>). Voir également le paragraphe 1.2.2.

²²⁴ Voir PRS for Music, « *Traffic Lights: Creating a distinction between legal and illegal content online* » (en anglais), <http://www.prsformusic.com/aboutus/press/latestpressreleases/pages/trafficlighscreatingadistinctionbetweenlegalandillegalcontentonline.aspx>.



5. La jurisprudence

Les juridictions nationales peinent à trouver des solutions judiciaires au problème que posent les atteintes au droit d'auteur commises dans un environnement en ligne au moyen de nouvelles technologies et de nouveaux services. Les tribunaux prévoient bien souvent des solutions contradictoires en fonction du pays dont ils relèvent. A l'échelle de l'Europe, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a apporté ces dernières années un certain nombre d'éclaircissements sur plusieurs questions différentes dans ce domaine, notamment :

- les contours du droit de communication au public sur internet ;
- l'application des exceptions et restrictions au droit d'auteur dans l'environnement en ligne ;
- le droit au respect de la vie privée des contrevenants supposés ;
- la responsabilité accessoire des fournisseurs de service pour les infractions commises par les particuliers ;
- la compétence judiciaire et la législation applicable à l'infraction.

Ce chapitre synthétise les arrêts les plus importants rendus par la Cour de justice de l'Union européenne sur ces points de droit, tout en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence au niveau national.

5.1. Le droit de communication au public sur internet

Internet et les technologies numériques ont permis l'apparition de nouvelles formes de communication au public des œuvres audiovisuelles de plusieurs manières. La facilité avec laquelle les particuliers peuvent reproduire numériquement un contenu et le transmettre en ligne leur permet de partager un contenu numérisé avec la quasi-totalité des internautes dans le monde. Mais la simplicité de cette démarche ne dispense pas pour autant les internautes qui transmettent des contenus de demander au préalable l'autorisation des titulaires de droits. Sans cette autorisation, la mise à disposition de l'œuvre protégée est a priori illicite. Cependant, comme toujours, le diable se cache dans les détails. Comme nous l'avons déjà indiqué²²⁵, les nouveaux services sont généralement conçus de manière à exploiter les failles du droit et l'absence de sécurité juridique. En pareil cas, les juridictions nationales et de l'Union européenne doivent statuer sur leur légalité²²⁶.

²²⁵ Voir le paragraphe 1.2.1. de la présente publication.

²²⁶ Pour une définition de la notion de communication au public dans la radiodiffusion traditionnelle, voir L. Guibault et J.P. Quintais, « Le droit d'auteur, la technologie et l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne », in S. Nikoltchev (éd.), *L'influence des nouvelles technologies sur le droit d'auteur*, IRIS Plus 2014-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2014, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/IRIS%2B2014-4+FR+complet.pdf/a3de2927-23c3-4e13-9b05-f6bcd8092af3>.



5.1.1. La diffusion en *streaming* sur internet de programmes télévisuels

Il existe plusieurs moyens de façonner un service de diffusion en continu (*streaming*) pour tirer profit du contenu protégé par le droit d'auteur d'un tiers. Le plus simple consiste à retransmettre le signal de diffusion d'une chaîne de télévision, mais cette pratique porte atteinte au droit de communication au public des radiodiffuseurs. Ce point a été précisé par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *ITV Broadcasting*²²⁷. Elle a conclu à cette occasion que le droit de communication au public englobe la retransmission des œuvres contenues dans un programme de télévision terrestre :

- qui est effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur original,
- au moyen d'un flux internet mis à disposition des abonnés de cet organisme qui peuvent recevoir cette retransmission en se connectant au serveur de celui-ci,
- étant entendu que ces abonnés se trouvent dans la zone de réception de ladite radiodiffusion télévisuelle terrestre et peuvent recevoir légalement celle-ci sur un récepteur de télévision.

La décision de la Cour de justice de l'Union européenne n'a été influencée ni par le fait que la retransmission était financée par la publicité et était par conséquent à but lucratif, ni par le fait qu'elle était effectuée par une organisation qui agissait en concurrence directe avec le radiodiffuseur original. En outre, cette affaire concernait la transmission d'œuvres contenues dans une émission terrestre et la mise à disposition de ces œuvres sur internet. Comme ces deux transmissions doivent être autorisées individuellement et séparément par les auteurs concernés, puisqu'elles sont toutes deux réalisées dans des conditions techniques spécifiques (c'est-à-dire en recourant à un autre moyen de transmission pour les œuvres protégées, chaque transmission étant par ailleurs destinée à un public précis), la Cour de justice a conclu à une violation du droit d'auteur. Elle n'a pas même jugé nécessaire d'examiner l'exigence de l'existence d'un nouveau public. A la suite de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, la Haute Cour britannique a conclu, par une ordonnance du 7 octobre 2013²²⁸, que la partie défenderesse portait atteinte au droit de communication au public des demandeurs, à l'exception des programmes diffusés par ITV, Channel 4 et Channel 5, conformément à l'exception de retransmission par câble prévue à l'article 73 de la loi britannique relative au droit d'auteur, aux modèles et aux brevets d'invention de 1988 (CDPA). L'article 73 énonce que, dans un service qui réunit les conditions requises, il n'y a pas de violation du droit d'auteur dès lors que le contenu est reçu et immédiatement retransmis par le câble. Pour que cette exception puisse s'appliquer, le programme doit être retransmis uniquement aux utilisateurs situés dans la zone où les programmes ont été initialement diffusés. Cependant, en l'espèce, la Haute Cour britannique a conclu qu'il était impossible d'interpréter cette exception « dans un sens qui soit compatible avec » l'article 5(3)(o) de la directive InfoSoc²²⁹.

²²⁷ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd. et autres c. TV Catch up Ltd.*, 7 mars 2013, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d57a38640b82f74e72a9c1f0959f3c46fc.e34KaxiLc3eQc40LaxgMbN4ObNeLe0?text=&docid=134604&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236553>.

²²⁸ *ITV and Others c. TVCatchup Limited Order*, 7 octobre 2013, Haute Cour, Chancery Division, <http://presscentre.itvstatic.com/presscentre/sites/presscentre/files/TVCatchup.pdf>.

²²⁹ Voir <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/73>. Pour davantage d'observations sur cette affaire, voir, par exemple, G. Abbotts, « *A catch for TVCatchup – limits of the cable defence* », <http://www.simkins.com/news/acatchfortvcatchupgma2013/> et N. Swimer et S. Edwards., « *Is this the beginning of the end for TVCatchUp and section 73 CDPA?* », <http://www.reedsmith.com/Is-this-the-beginning-of-the-end-for-TVCatchUp-and-section-73-CDPA-10-11-2013/>.



La Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs poursuivi son examen des contours du droit de communication au public dans la toute récente affaire *C More Entertainment*²³⁰. Celle-ci portait sur la mise à disposition, sur un site internet, de liens permettant aux internautes d'accéder, sur le site d'un organisme de radiodiffusion, à la retransmission en direct de matches de hockey sur glace, sans avoir à s'acquitter des frais d'accès exigés par cet organisme. La Cour suprême suédoise a décidé d'adresser une demande de décision préjudicielle à la CJUE en lui posant la question suivante : « Les Etats membres peuvent-ils reconnaître au[x] titulaire[s] de droits un droit exclusif plus étendu en prévoyant que la communication au public comprend davantage d'actes que ceux qui sont désignés à l'article 3, paragraphe 2, [de la directive InfoSoc 2001/29] ? ». Selon la CJUE, la diffusion continue en direct ne satisfait pas aux critères de transmission à la demande et n'est pas harmonisée par la directive InfoSoc. Comme cette dernière ne prévoit pas d'harmonisation complète, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu que les Etats membres pouvaient élargir la définition de la « communication au public » pour accorder une protection plus étendue aux auteurs et aux radiodiffuseurs. En conséquence, rien n'interdit aux Etats membres de légiférer de manière à prévoir dans leur droit interne la mise à disposition de liens vers une retransmission en direct en *streaming* protégée par un système de péage.

Cette question a également été récemment tranchée par la Cour suprême des Etats-Unis, qui a conclu le 25 juin 2014 que le service de télévision en ligne Aereo avait enfreint la loi américaine relative au droit d'auteur en permettant à ses abonnés de visionner des programmes de télévision sur internet sans avoir obtenu le consentement des titulaires du droit d'auteur de ces programmes²³¹. Selon la Cour suprême des Etats-Unis, même si la définition du « public » ne figure pas dans la loi relative au droit d'auteur, le « public » consiste néanmoins en un groupe considérable de personnes autres que la famille et les amis. Elle a en outre précisé qu'il n'était pas indispensable que l'ensemble de ce « public » soit présent dans un même lieu ou au même moment.

Une autre question se pose : l'utilisateur qui visionne un contenu diffusé en streaming de manière illicite commet-il un acte illicite ? Cet utilisateur ne communique pas au public (contrairement à la personne qui transmet le contenu sur le site concerné) et la reproduction du contenu diffusé en *streaming* sur l'équipement de l'utilisateur ne pourrait être considérée comme un acte de reproduction provisoire au titre de l'exception de droit de reproduction prévue à l'article 5(1) de la directive InfoSoc. Afin de clarifier ce point, la Cour suprême néerlandaise a récemment posé les questions suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'un renvoi préjudiciel²³² (l'affaire est toujours en cours) :

1. L'article 5 de la directive relative au droit d'auteur (Directive 2001/29/CE) doit-il être interprété en ce sens qu'il ne saurait y avoir « d'utilisation licite » au sens du paragraphe 1^{er}, alinéa b, de cette disposition, si un utilisateur final procède à une reproduction provisoire d'une œuvre protégée pendant sa diffusion en *streaming* depuis le site web d'un tiers sur lequel cette œuvre protégée est proposée sans le consentement du/des titulaire(s) de droits ?

²³⁰ Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-279/13, *C More Entertainment AB c. Linus Sandberg*, 26 mars 2015, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?iessionid=9ea7d2dc30ddebe044ea1ae14caea663f8b6a854f386.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPc3j0?text=&docid=163250&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=106979>.

²³¹ Arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *American Broadcasting Cos., Inc., et autre c. Aereo, Inc., Fka Bamboomlabs, Inc.*, 25 juin 2014, http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-461_1537.pdf.

²³² *Rechtbank Midden-Nederland*, ECLI:NL:RBMNE:2015:7192, 30 septembre 2015, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBMNE:2015:7192>. Voir également J. Boyd, « *New CJEU reference on linking and streaming of unlawful content* », <http://ifro.org/content/new-cjeu-reference-linking-and-streaming-unlawful-content>.



2. Si tel n'est pas le cas, le fait qu'un utilisateur final procède à une reproduction provisoire d'une œuvre protégée pendant sa diffusion en *streaming* depuis le site web d'un tiers sur lequel cette œuvre protégée est proposée sans le consentement du/des titulaire(s) de droits est-il contraire à la triple condition prévue à l'article 5, paragraphe 5, de la directive relative au droit d'auteur (Directive 2001/29/CE)?

5.1.2. Les hyperliens

Dans l'affaire *Svensson*²³³, la Cour de justice de l'Union européenne a mis fin à une incertitude qui entourait une question particulièrement épineuse : la fourniture d'hyperliens vers des contenus protégés par le droit d'auteur et librement accessibles sur d'autres sites constitue-t-elle une forme de communication au public ?²³⁴ L'affaire concernait l'exploitant d'un site web qui proposait des liens internet cliquables (hyperliens) vers des articles publiés sur d'autres sites. Les requérants avaient rédigé des articles qui avaient été publiés dans un quotidien suédois et qui étaient mis gratuitement à la disposition des lecteurs sur le site du quotidien. Le site web de la partie défenderesse comportait des hyperliens qui redirigeaient les internautes vers les sites en question. Les requérants demandaient la réparation du préjudice qu'ils estimaient avoir subi du fait de l'insertion de leurs articles sur le site web de la partie défenderesse. Selon les requérants au principal, si le client clique sur l'un de ces liens, il ne lui apparaît pas clairement qu'il s'est déplacé sur un autre site pour accéder à l'œuvre qui l'intéresse. En revanche, selon *Retriever Sverige*, il est clair pour le client que, lorsqu'il clique sur l'un de ces liens, il est renvoyé vers un autre site.

Le 13 février 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu que l'article 3(1) de la directive InfoSoc doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site internet. Ce même article s'oppose par ailleurs à ce qu'un Etat membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

La Cour a estimé que la fourniture d'hyperliens vers des œuvres protégées doit être considérée comme une communication au public au sens de l'article 3(1) de la directive InfoSoc. Cependant, le critère décisif permettant de déterminer si l'autorisation des titulaires des droits d'auteur était exigée pour une communication au public mise à la disposition de ses clients au moyen d'hyperliens était de savoir si la communication en question s'adressait à un « nouveau » public²³⁵. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « lorsque l'ensemble des utilisateurs d'un

²³³ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-466/12, *Svensson c. Retriever Sverige AB*, 13 février 2014, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=34059>.

²³⁴ L'arrêt *Svensson* a fait l'objet de critiques, voir, par exemple, l'avis de l'ALAI du 17 septembre 2014, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf> (en anglais).

²³⁵ Ce critère avait été souligné dans l'affaire *SGAE c. Rafael Hoteles SA*, « l'auteur, en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions [...]. Dès lors que cette captation se fait à l'intention d'un auditoire plus vaste, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public réceptonnaire est admise à bénéficier de l'écoute ou de la vision de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur ou instrument analogue n'est plus la simple réception de l'émission elle-même, mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public [...] cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser ». Voir Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, 7 décembre 2006,



autre site auxquels les œuvres en cause ont été communiquées au moyen d'un lien cliquable pouvaient directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-ci ont été communiquées initialement, sans intervention du gérant de cet autre site, les utilisateurs du site géré par ce dernier doivent être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et donc comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale ». Dans ce cas de figure, en l'absence de « nouveau » public, l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas pour une communication au public. La Cour a toutefois conclu que si des hyperliens permettent aux utilisateurs du site de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés, ces hyperliens constituent une intervention sans laquelle ces utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées. Ainsi, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à cette communication au public²³⁶.

L'affaire *Svensson* porte sur les hyperliens vers des contenus librement disponibles. Mais qu'en est-il lorsque ces liens redirigent les utilisateurs vers un contenu illicite ? La Cour de justice de l'UE a déjà été amenée à se prononcer sur ce point dans l'affaire *C More Entertainment*, mentionnée plus haut. Plus récemment, le renvoi mentionné par la Cour suprême néerlandaise demandait également à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur la légalité de liens hypertextes vers des contenus illicites.

5.1.3. Les insertions

L'affaire *Bestwater*²³⁷ portait également sur une question délicate : « [I]e fait que l'œuvre d'un tiers mise à la disposition du public sur un site internet soit insérée sur un autre site internet » constitue-t-il une communication au public « même lorsque l'œuvre en question n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique différent de celui de la communication d'origine » ?

En se fondant sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Svensson*, la Cour a statué par voie d'ordonnance motivée²³⁸ en déclarant que l'insertion ne constitue pas une communication au public

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66355&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27024>. La Cour de justice de l'UE a mentionné ici le Guide de l'OMPI à la Convention de Berne, un document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans être juridiquement contraignant, contribue toutefois à l'interprétation de cette Convention. Le Guide de l'OMPI est disponible sur :

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf.

²³⁶ La Cour de justice de l'UE a déjà appliqué la notion de « nouveau public » dans l'affaire *Airfield* relative à l'application de la directive Satellite et câble. Elle a déclaré que l'autorisation de toute communication au public par satellite d'une œuvre protégée « doit être notamment obtenue par la personne qui déclenche une telle communication ou qui intervient lors de celle-ci, de sorte qu'elle rende, au moyen de cette communication, les œuvres protégées accessibles à un public nouveau, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne ». Voir CJUE, Affaires jointes n° C-431/09 et C-432/09, *Airfield and Canal Digitaal c. Sabam et Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, 13 octobre 2011,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=111226&doclang=EN>.

²³⁷ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-348/13, *BestWater International GmbH c. Mebes*, 21 octobre 2014,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159023&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=177> (disponible uniquement en français et en allemand).

²³⁸ Conformément à l'article 99, la Cour peut statuer par voie d'ordonnance motivée « [I]orsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué, lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable ».



lorsque la communication ne s'effectue pas auprès d'un public nouveau, dans la mesure où le même mode technique est utilisé pour la communication. Ainsi, l'insertion d'un contenu licite qui était auparavant disponible en ligne ne constitue pas une communication au public et est donc exemptée de l'exigence d'autorisation par le titulaire du droit d'auteur.

La société plaignante soutenait devant les juridictions allemandes que la vidéo avait été téléchargée sur YouTube « sans son consentement », mais les tribunaux allemands ne se sont pas prononcés sur ce point et, par conséquent, la question posée à la Cour de justice de l'Union européenne n'abordait pas le cas dans lequel une vidéo est téléchargée sans permission.

En se fondant sur cette ordonnance de la Cour de justice de l'Union européenne, la *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice d'Allemagne – BGH) a conclu le 9 juillet 2015 que d'une façon générale, l'opérateur d'un site internet n'enfreint pas le droit d'auteur lorsqu'il intègre sur son site par le biais du *framing* (insertion d'un contenu présent sur un site internet dans un autre site) des contenus protégés par le droit d'auteur, mais mis à la disposition du public sur un autre site internet avec le consentement du titulaire du droit d'auteur concerné²³⁹.

5.2. Les exceptions au droit d'auteur

Le droit d'auteur repose sur une exclusivité des droits atténuée par des exceptions et limitations. Les Etats membres ne sont cependant pas libres de mettre en place tout type d'exception ou de limitation. L'article 5 de la directive InfoSoc prévoit tout d'abord une liste facultative d'exceptions aux droits de reproduction, de communication au public et de distribution. En outre, en vertu de l'article 5(5) de cette même directive, les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou des limitations uniquement « dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». La Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs conclu dans l'arrêt *Infopaq*²⁴⁰ que « les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte ».

L'exception pour copie privée²⁴¹ prévue à l'article 5(2)(b) de la directive InfoSoc est probablement la plus fréquemment invoquée comme moyen de défense en cas de violation du droit d'auteur. La plupart des Etats membres disposent d'une certaine forme d'exception pour copie privée dans leur législation nationale, assortie d'un régime de rémunération pour les titulaires de droits (il s'agit dans la plupart des cas d'une taxe sur les supports vierges). Les utilisateurs peuvent en effet invoquer une exception pour copie privée lorsque la source depuis laquelle ils réalisent

²³⁹ Arrêt de la Cour fédérale de justice d'Allemagne du 9 juillet 2015 - I ZR 46/12 - *Die Realität II*. Voir le communiqué de presse de la BGH, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2015&Sort=3&nr=71618&pos=4&anz=119>.

Voir également T. Raab, « Le BGH déclare le framing d'œuvres mises en ligne légalement conforme au droit d'auteur », IRIS 2015-9/9, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/9/article9.fr.html>.

²⁴⁰ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, 16 juillet 2009, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=72482&doclang=en>. Cet arrêt fait référence à l'affaire n° C-476/01 *Kapper* [2004] ECR I-5205, paragraphe 72, et à l'affaire n° C-36/05 *Commission c. Espagne* [2006] ECR I-10313, paragraphe 31.

²⁴¹ Pour davantage de précisions sur l'exception pour copie privée dans l'Union européenne, voir F.J. Cabrera Blázquez F.J., « La redevance pour copie privée à la croisée des chemins », in S. Nikoltchev (éd.), « Qui paie pour la copie privée ? », IRIS Plus 2011-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2011,

http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/Iris_plus_2011-4_FR_FullText.pdf.



cette copie à usage privé est licite, mais il convient de déterminer si cette exception s'applique également lorsque la source en question est illicite. Cette question a été précisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *ACI Adam et autres c. Stichting de ThuisKopie et Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*²⁴². Dans son arrêt du 10 avril 2014, la Cour de justice de l'UE a conclu que le droit de l'Union européenne, en particulier l'article 5(2)(b) de la directive InfoSoc doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale « qui ne distingue pas la situation où la source, à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé est réalisée, est licite de celle où cette source est illicite »²⁴³. La Cour a indiqué que si les Etats membres disposaient de la faculté d'adopter ou non une législation qui permet que des reproductions pour un usage privé soient également réalisées à partir d'une source illicite, il en résulterait, de toute évidence, une atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur. De même, la Cour a déclaré qu'il ressort du considérant 22 de la directive InfoSoc qu'une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées²⁴⁴.

L'exception de copie privée est également invoquée par les services qui fournissent des services d'enregistreurs vidéo en ligne. Ces services permettent aux utilisateurs d'enregistrer des programmes de télévision sur des serveurs gérés par le fournisseur de services, qui sont ensuite téléchargeables par l'utilisateur lorsqu'il souhaite les visionner.

En Allemagne, la *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice – BGH) a conclu²⁴⁵ que ces services portaient atteinte au droit de communication au public reconnu aux radiodiffuseurs télévisuels, tel que garanti par l'article 87(1)(1) de la *Urheberrechtsgesetz* (loi relative au droit d'auteur – UrhG). Dans une décision antérieure, la BGH avait demandé²⁴⁶ au Tribunal régional supérieur (OLG) de Dresde d'examiner en détail qui avait effectivement réalisé l'enregistrement. L'enregistrement doit impérativement être automatisé pour être imputé au client, et partant, considéré comme une reproduction légale pour usage privé. Comme cela était le cas dans cette affaire, le Tribunal régional de Dresde a conclu que la copie ainsi réalisée devait être considérée comme une copie à usage privé, qui ne portait par conséquent pas atteinte au droit de reproduction des radiodiffuseurs²⁴⁷. Cependant, dans la mesure où le service retransmettait des programmes radiodiffusés aux « enregistreurs vidéo personnels » de plusieurs utilisateurs, il portait atteinte au

²⁴² Cour de justice de l'Union européenne, affaire n° C-435/12, *ACI Adam BV et autres c. Stichting de ThuisKopie*, 10 avril 2014,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150786&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=286178>.

²⁴³ Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne a également conclu que la Directive 2004/48/CE doit être interprétée « en ce sens qu'elle ne s'applique pas à une procédure, telle que celle en cause au principal, dans laquelle les redevables de la compensation équitable demandent à la juridiction de renvoi de faire des déclarations pour droit à la charge de l'organisme chargé de percevoir et de répartir cette rémunération parmi les titulaires de droits d'auteur, qui se défend contre cette demande ».

²⁴⁴ A la suite de cet arrêt de la CJUE, le ministre néerlandais de la Justice a ordonné à Stichting ThuisKopie de lui fournir un rapport sur le calcul d'une nouvelle redevance basée uniquement sur la copie privée depuis une source licite. L'organisation a rendu son avis le 7 octobre 2014, suggérant l'abaissement de la redevance de l'ordre de 30 % et proposant par ailleurs d'ajouter les lecteurs électroniques à la liste des dispositifs de copiage. Le 28 octobre 2014, à la suite des propositions du rapport Stichting ThuisKopie, le ministre néerlandais de la Justice a pris une décision qui a étendu le système néerlandais de redevance pour copie à usage privée pour trois ans supplémentaires et a réduit la redevance de 30 %. Voir la décision du 28 octobre 2014,

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/29838/stb-2014-410.html>.

²⁴⁵ Arrêt de la Cour fédérale de justice d'Allemagne du 11 avril 2013 (I ZR 152/11) - *Internet-Videorecorder II* ("Shift.TV"),

<http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/Online-Videorecorder/1398-BGH-Az-I-ZR-15211-Internet-Videorecorder-II.html>.

²⁴⁶ Arrêt de la Cour suprême d'Allemagne du 22 avril 2009 (Az. I ZR 216/06), <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/Online-Videorecorder/802-BGH-Az-I-ZR-21606-shift.tv.html>.

²⁴⁷ Arrêt du Tribunal régional de Dresde (14 U 801/07), 12 juillet 2011, <http://www.recht-hat.de/urteile/urheberrecht-urteile/olg-dresden-14-u-80107-urteil-vom-12-07-2011-rtl-gegen-save-tv/>.



droit de communication au public reconnu au radiodiffuseur. Il reste toutefois encore à déterminer si, en vertu de l'article 87(5) de la loi allemande relative au droit d'auteur, les radiodiffuseurs sont tenus de conclure un accord de retransmission par câble avec le service d'enregistreur vidéo en ligne. Selon la Cour fédérale de justice, la juridiction d'appel avait omis d'examiner si les conditions étaient réunies pour lever l'objection à l'obligation de licence.

5.3. L'identité des contrevenants

Déceler une atteinte au droit d'auteur sur internet est une chose, mais déterminer l'identité du véritable contrevenant peut se révéler bien plus complexe. Chaque internaute est titulaire d'une adresse IP et, en principe, son fournisseur de services internet est en mesure de l'identifier. Nous voici donc en présence de deux droits contradictoires, d'une part, les titulaires de droits ont besoin de connaître l'identité du contrevenant pour faire valoir leur droit d'auteur et, d'autre part, les internautes bénéficient du droit à la protection de leurs données à caractère personnel. Dans l'affaire *Promusicae*²⁴⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu que, en vertu du droit de l'Union européenne, les Etats membres doivent, lorsqu'ils transposent la directive sur le commerce électronique, la directive InfoSoc, la directive relative au respect du droit d'auteur et la directive Vie privée, veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permet d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. En l'espèce, la juridiction nationale avait avant tout demandé si la législation de l'Union européenne, et en particulier les directives précitées, imposait aux Etats membres de prévoir une obligation de communiquer des données à caractère personnel afin de garantir le respect du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que ces directives n'imposent pas aux Etats membres de prévoir l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile. La Cour de justice a toutefois constaté que la directive Vie privée n'exclut pas la possibilité, pour les Etats membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère personnel. La Cour a par ailleurs ajouté que lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, « il incombe aux autorités et aux juridictions des Etats membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité ».

Les principes énoncés dans l'affaire *Promusicae* (« d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux » et « de ne pas se fonder sur une interprétation des [directives] qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec d'autres principes généraux du droit communautaire ») sont mentionnés par la Cour de justice de l'Union européenne dans divers arrêts. Dans l'affaire *Bonnier Audio*²⁴⁹, par exemple, la Cour de justice devait également parvenir à un juste

²⁴⁸ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, 29 janvier 2008,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=275722>.

²⁴⁹ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-461/10, *Bonnier Audio c. Perfect Communication Sweden AB*, 19 avril 2012,



équilibre entre des droits contraires. La question qui lui avait été posée était de savoir si la Directive 2006/24/CE s'opposait à l'application d'une disposition du droit national qui, aux fins d'identification d'un abonné précis, permet d'imposer à un fournisseur de services internet de communiquer aux titulaires de droits d'auteur l'identité de l'abonné à qui ce fournisseur de services a attribué une adresse IP, qui avait été utilisée pour commettre l'infraction.

La Cour de justice de l'Union européenne a conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce, puisque la législation nationale en question ne relevait pas du champ d'application matériel de la Directive 2006/24/CE²⁵⁰. La Cour a par ailleurs conclu que la directive Vie privée et la directive relative au respect du droit d'auteur doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à une législation nationale qui permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel pour pondérer les intérêts opposés en présence, en fonction des circonstances de chaque affaire et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité.

5.4. La responsabilité accessoire des fournisseurs de services internet

Dans son document de travail de 2011 « Les services en ligne, y compris le commerce électronique, dans le marché unique »²⁵¹, la Commission européenne a souligné que malgré la transposition bien souvent littérale des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique et le fait que certains Etats membres ont prévu des exonérations spécifiques de responsabilité pour les services de localisation de l'information (comme les moteurs de recherche) et les services d'hyperliens, une jurisprudence nationale divergente a émergé à l'égard de l'application des exonérations de responsabilité applicables aux « nouveaux services » que sont les services d'outils de localisation et les services d'hyperliens²⁵².

*L'Oreal c. eBay*²⁵³ est la première affaire dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur des injonctions contre des intermédiaires. Elle avait à cette occasion déclaré que l'article 11, troisième phrase, de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle « doit être interprété en ce sens qu'il exige des Etats membres d'assurer que les juridictions nationales compétentes en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle puissent enjoindre à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures qui contribuent, non seulement à mettre fin aux atteintes portées à ces droits par des

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=280219>.

²⁵⁰ La Cour de justice de l'UE a également estimé qu'il n'était pas pertinent pour la procédure au principal que l'Etat membre concerné n'ait pas encore transposé la Directive 2006/24/CE, malgré le fait que la période dont il disposait pour le faire ait expiré.

²⁵¹ Voir le paragraphe 2.2.2.1.

²⁵² L'Autriche, la Hongrie, l'Espagne et le Portugal ont adopté des exonérations de responsabilité spécifiques pour les moteurs de recherche selon lesquelles une entreprise peut en bénéficier si elle remplit les conditions que les fournisseurs de services d'hébergement sont tenus de respecter en vue de garantir une exonération de responsabilité. De même, l'Autriche, l'Espagne et le Portugal ont adopté des exonérations de responsabilité pour les hyperliens en appliquant les mêmes conditions que l'exonération de responsabilité de la directive pour les activités d'hébergement. Lorsque des exemptions spécifiques de responsabilité pour les services de moteur de recherche et services d'hyperliens n'ont pas été explicitement incluses dans la législation nationale, ces services ont soit été classés comme des services de simple transport, des services de mise en cache ou des services d'hébergement, ou les tribunaux les ont exclus du champ d'application de toute exonération. Voir le document de travail de la Commission, pages 26 et 27.

²⁵³ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-324/09, *L'Oréal SA c. International AG*, 12 juillet 2011,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=285834>.



utilisateurs de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature. Ces injonctions doivent être effectives, proportionnées, dissuasives et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime ».

Comme le précise le chapitre 2, la directive sur le commerce électronique prévoit des restrictions de responsabilité aux prestataires de services intermédiaires dont l'action se limite au transport de données, à la mise en cache et à l'hébergement. Dans la mesure où l'article 15 de cette même directive interdit toute obligation générale de surveillance, des injonctions spécifiques contre les fournisseurs de services internet sont en principe autorisées. Au cours de ces dernières années, les titulaires de droits ont par conséquent demandé aux juridictions nationales des Etats membres de l'Union européenne de prendre des injonctions de filtrage et/ou de blocage à l'encontre des fournisseurs de services internet qui hébergent et permettent à des particuliers d'accéder à des contenus protégés par le droit d'auteur, sans l'autorisation correspondante.

Dans certaines affaires susceptibles d'avoir des répercussions, la Cour de justice de l'Union européenne a établi une nette distinction entre les mesures de filtrage, qui sont utilisées pour détecter les infractions au droit d'auteur mais nécessitent une certaine forme de surveillance préventive des réseaux, et les mesures de blocage, qui empêchent essentiellement l'accès aux œuvres protégées²⁵⁴. Elle s'est très clairement prononcée contre les mesures de filtrage dans deux affaires. Dans l'affaire *Scarlett Extended c. SABAM*²⁵⁵, la Cour de justice de l'UE a déclaré illégale l'injonction prise à l'encontre d'un fournisseur de services internet lui imposant de mettre en place un système de filtrage capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle, afin de bloquer le transfert de fichiers entre les internautes. En l'espèce, les mesures de filtrage étaient particulièrement étendues et s'appliquaient indistinctement à l'ensemble des communications électroniques de ses clients qui transitaient par ses services, et tout particulièrement pour l'utilisation de logiciels permettant le partage de fichiers. Cette mesure préventive était exclusivement à la charge du fournisseur de services internet et sans limitation dans le temps. En l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne a non seulement appliqué les directives pertinentes (la directive sur le commerce électronique, la directive InfoSoc, la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, la Directive Protection des données 95/46/CE, la Directive Vie privée 2002/58/CE), mais les a interprétées à la lumière des exigences découlant de la protection des droits fondamentaux applicables. Dans l'affaire *SABAM c. Netlog*²⁵⁶, qui concernait un fournisseur de services d'hébergement, la Cour est arrivée à la même conclusion.

Dans l'affaire *UPC Telekabel Wien*²⁵⁷, il revenait à la Cour de justice de l'Union européenne de déterminer s'il est licite d'ordonner à un fournisseur de services internet de bloquer l'accès de ses abonnés à un site web sur lequel des œuvres cinématographiques protégées par le droit d'auteur sont mises à la disposition du public, sans l'autorisation des titulaires des droits en question. Le

²⁵⁴ Voir C. Angelopoulos, « *Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright enforcement in the post-Telekabel EU legal landscape* », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, Volume 9, n° 10, <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/9/10/812>.

²⁵⁵ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-70/10, *Scarlett Extended SA c. SABAM*, 24 novembre 2011, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=277277>.

²⁵⁶ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*, 16 février 2012, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=279896>.

²⁵⁷ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, 27 mars 2014, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35766>.



Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) avait tout d'abord interdit à UPC de fournir à ses clients l'accès au site en question. Cette ordonnance devait notamment être réalisée par le blocage du nom de domaine et de l'adresse IP actuelle du site ainsi que de toute autre adresse IP de ce dernier dont UPC pourrait avoir connaissance. En sa qualité de juridiction d'appel, le *Oberlandesgericht* de Vienne a partiellement réformé l'ordonnance de la juridiction de première instance et a conclu que l'article 81(1a) de la loi autrichienne relative au droit d'auteur doit être interprété à la lumière de l'article 8, paragraphe 3, de la directive InfoSoc. UPC Telekabel devait uniquement être considéré comme un intermédiaire et pouvait uniquement se voir imposer, sous la forme d'une obligation de résultat, d'interdire à ses clients l'accès au site internet litigieux, tout en restant libre de décider des moyens à mettre en œuvre (*Erfolgsverbot*). UPC Telekabel a formé un pourvoi en révision devant l'*Oberster Gerichtshof* (la Cour suprême autrichienne), qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice de l'Union européenne une série de questions préjudicielles.

La Cour de justice de l'Union européenne a conclu que les droits fondamentaux reconnus par la législation de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès internet d'accorder à ses clients l'accès à un site mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits, lorsque cette injonction ne précise pas quelles mesures ce fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de cette injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables, à condition cependant que :

1. les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles ;
2. ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier.

5.5. La compétence judiciaire et le droit applicable à la diffusion transfrontière d'œuvres protégées

Quelle compétence judiciaire devrait s'appliquer à un titulaire de droits dans le cas d'une infraction commise en ligne ? Alors que la mise à disposition d'un contenu sur un site se produit normalement en un seul endroit, son téléchargement peut être réalisé dans de nombreux pays différents. Quelle législation devrait par conséquent être appliquée par la juridiction compétente ? Où le préjudice s'est-il produit ? Compte tenu de la complexité du droit privé international²⁵⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie à plusieurs occasions pour apporter des éclaircissements sur ces points.

²⁵⁸ Voir le paragraphe 2.2.1.4. de la présente publication.



5.5.1. La compétence judiciaire

Dans l'affaire *Pinckney*²⁵⁹, le requérant prétend être l'auteur de 12 chansons enregistrées par le groupe Aubrey Small sur un disque vinyle. Le disque a ensuite été reproduit, sans le consentement de M. Pinckney, sur des disques compacts par une société autrichienne nommée Mediatech, et ces disques ont ensuite été vendus par des sociétés au Royaume-Uni sur leur site web. Il a poursuivi Mediatech devant le tribunal de grande instance de Toulouse, et Mediatech a mis en doute la compétence du tribunal. Après un appel interjeté devant la cour d'appel de Toulouse, l'affaire a été portée devant la Cour de cassation qui a demandé une décision préjudicielle eu égard à la compétence des tribunaux français.

La Cour de justice de l'Union européenne a estimé que « s'agissant de la violation alléguée d'un droit patrimonial d'auteur, la compétence pour connaître d'une action en matière délictuelle ou quasi délictuelle est déjà établie, au profit de la juridiction saisie, dès lors que l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve cette juridiction protège les droits patrimoniaux dont le demandeur se prévaut et que le dommage allégué risque de se matérialiser dans le ressort de la juridiction saisie ». Compte tenu des circonstances de l'affaire, ce risque « découle notamment de la possibilité de se procurer, au moyen d'un site internet accessible dans le ressort de la juridiction saisie, une reproduction de l'œuvre à laquelle s'attachent les droits dont le demandeur se prévaut ».

En poursuivant ce raisonnement, la Cour a conclu que « en cas d'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'Etat membre de la juridiction saisie, celle-ci est compétente pour connaître d'une action en responsabilité introduite par l'auteur d'une œuvre à l'encontre d'une société établie dans un autre Etat membre et ayant, dans celui-ci, reproduit cette œuvre sur un support physique qui est ensuite vendu par des sociétés établies dans un troisième Etat membre, par l'intermédiaire d'un site internet accessible également dans le ressort de la juridiction saisie ». Tout comme dans les affaires que nous avons déjà mentionnées, la compétence de la juridiction saisie ne s'étend qu'au préjudice causé dans l'Etat membre de la juridiction saisie. La Cour explique son raisonnement comme suit : « si cette juridiction était également compétente pour connaître du dommage causé sur les territoires d'autres Etats membres, elle se substituerait aux juridictions de ces Etats, alors que ces dernières sont en principe compétentes, au regard de l'article 5, point 3, du règlement et du principe de territorialité, pour connaître du dommage causé sur le territoire de leur Etat membre respectif, et qu'elles sont mieux placées, d'une part, pour évaluer s'il est effectivement porté atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'Etat membre concerné et, d'autre part, pour déterminer la nature du dommage qui a été causé ».

Dans l'affaire *Hejduk c. EnergieAgentur*²⁶⁰, la Cour de justice de l'Union européenne devait déterminer si, en vertu du Règlement n° 44/2001 de l'Union européenne, une juridiction autrichienne était compétente pour connaître d'une action en responsabilité pour atteinte au droit d'auteur « du fait de la mise en ligne de photographies protégées sur un site internet accessible dans son ressort ».

La Cour a tout d'abord jugé que les actes susceptibles de constituer une atteinte au droit d'auteur « ne peuvent être localisés qu'au lieu où se trouve le siège d'EnergieAgentur, dès lors que

²⁵⁹ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-170/12, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG*, 3 octobre 2013, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142613&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=274905>.

²⁶⁰ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-441/13, *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NRW GmbH*, 22 janvier 2015, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161611&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=174137>.



cette dernière y a pris et exécuté la décision de mettre en ligne des photographies ». En l'espèce, la Cour a appliqué sa jurisprudence de l'affaire *Pinckney* que nous venons d'évoquer, et a soutenu que « la matérialisation du dommage et/ou le risque de cette matérialisation découlent de l'accessibilité, dans l'Etat membre dont relève la juridiction saisie » et que « les juridictions d'autres Etats membres restent en principe compétentes, au regard de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 et du principe de territorialité, pour connaître du dommage causé aux droits d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur sur le territoire de leur Etat membre respectif, étant donné qu'elles sont mieux placées, d'une part, pour évaluer s'il est effectivement porté atteinte auxdits droits garantis par l'Etat membre concerné et, d'autre part, pour déterminer la nature du dommage qui a été causé ».

En ce qui concerne les questions de compétence liées à des contrats, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu dans l'affaire *Falco*²⁶¹ que le lieu où cette obligation a été ou doit être exécutée est déterminé conformément à la loi qui régit ladite obligation selon les règles de conflit de la juridiction saisie, ainsi que la Cour l'a déjà jugé à propos de l'article 5, point 1, de la Convention de Bruxelles²⁶².

5.5.2. Le droit applicable

L'affaire *Lagardère*²⁶³ concerne l'exploitation de phonogrammes par satellite et la perception de la redevance due aux artistes-interprètes de ces phonogrammes. Il revenait à la Cour de justice de l'Union européenne de déterminer si la directive Satellite et câble²⁶⁴ ne s'oppose pas à ce que la redevance pour l'utilisation de phonogrammes soit régie non seulement par la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel est établie la société émettrice, mais également par la législation de l'Etat membre dans lequel se situe, pour des raisons techniques, l'émetteur terrestre diffusant ces émissions en direction du premier Etat. Il était en l'espèce question de l'utilisation de l'émetteur terrestre de Felsberg, en Allemagne, par une filiale de Lagardère pour la rediffusion sur le territoire français. Ces programmes pouvaient, pour des raisons techniques, être également reçus sur le territoire allemand, mais uniquement dans un périmètre restreint et ne faisaient l'objet d'aucune exploitation commerciale en Allemagne. Lagardère s'était acquitté en France, auprès de la société de gestion collective française SPRE, d'une redevance pour les artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes, ainsi que d'une redevance annuelle forfaitaire en Allemagne, auprès de la société

²⁶¹ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-533/07, *Falco Privatstiftung c. Weller-Lindhorst*, 23 avril 2009,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77990&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=273127>.

²⁶² Voir, respectivement, au sujet de la notion « d'obligation » énoncée à l'article 5(1) de la Convention de Bruxelles, *De Bloos*, paragraphe 13 ; affaire n° 266/85 *Shenavai* [1987] ECR 239, paragraphe 9 ; affaire n° C-288/92 *Custom Made Commercial* [1994] ECR I-2913, paragraphe 23 ; affaire n° C-420/97 *Leathertex* [1999] ECR I-6747, paragraphe 31 ; et affaire n° C-256/00 *Besix* [2002] ECR I-1699, paragraphe 44, et en ce qui concerne le lieu d'exécution de cette obligation au sens de l'article 5(1) de la Convention de Bruxelles, *Industrie Tessili Italiana Como*, paragraphe 13 ; *Custom Made Commercial*, paragraphe 26 ; affaire n° C-440/97 *GIE Groupe Concorde et autres* [1999] ECR I-6307, paragraphe 32 ; *Leathertex*, paragraphe 33 et *Besix*, paragraphes 33 et 36.

²⁶³ Cour de justice de l'Union européenne, Affaire n° C-192/04, *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) et Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, 14 juillet 2006, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=60584&occ=first&dir=&cid=488130>. Pour un descriptif complet de l'arrêt, voir M. Rossini, « Court of Justice of the European Communities: Judgment in *Lagardère Active Broadcast v. SPRE & GVL* », IRIS 2005-7:Extra, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2005, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/7/article110.fr.html>.

²⁶⁴ Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0083&from=EN>.



de gestion collective allemande GVL, pour la diffusion de ces mêmes phonogrammes. Afin d'éviter un double paiement de la redevance pour l'utilisation de phonogrammes, un accord conclu entre Europe 1 et la SPRE, qui a été reconduit jusqu'au 31 décembre 1993, prévoyait que le montant de la redevance due par la première aux artistes-interprètes et aux producteurs serait diminué de celui versé par la CERT à la GVL. Après le non-renouvellement de l'accord autorisant cette déduction, la SPRE a assigné Europe 1 devant la justice française. Dans sa décision préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu qu'une radiodiffusion, telle que celle en cause au principal, ne constituait pas une communication au public par satellite au sens de l'article 1(2)(a) de la Directive 93/83/CEE et que, par conséquent, la directive ne s'oppose pas à ce que la redevance pour l'utilisation des phonogrammes soit régie par la législation des deux Etats membres concernés.



6. Etat des lieux du processus décisionnel

6.1. Lutter plus efficacement contre les contenus illicites en ligne

La lutte contre les atteintes en ligne aux droits de propriété intellectuelle se situe à la croisée de diverses priorités politiques actuelles de l'UE, à commencer par le plan d'action sur le respect des droits de propriété intellectuelle, le réexamen des dispositions en matière de droit d'auteur de l'UE et la stratégie pour un marché unique numérique en Europe. Mais elle est également liée, dans une certaine mesure, à d'autres directives actuellement réexaminées par la Commission européenne, comme la directive relative aux services de médias audiovisuels²⁶⁵, la directive Satellite et câble²⁶⁶ et la réglementation de l'UE en matière de télécommunications²⁶⁷. D'autres initiatives actuelles, comme la consultation publique sur les besoins en termes de rapidité et de qualité d'internet au-delà de 2020²⁶⁸ ou sur les normes du marché unique numérique²⁶⁹, peuvent également avoir un impact sur le respect en ligne des droits de propriété intellectuelle, notamment sur la définition des intermédiaires, le champ d'application du régime de responsabilité limitée prévue par la directive relative au commerce électronique pour certains intermédiaires, la nécessité de l'existence à l'échelle européenne de procédures de « notification et action », la conception de ces systèmes et, enfin, sur l'éventuel besoin d'une « obligation de vigilance » faite à certains intermédiaires en ligne.

Nous présenterons dans ce chapitre les principales initiatives annoncées par la Commission en matière de respect de la propriété intellectuelle, à savoir la révision de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle, l'élaboration d'un cadre juridique de l'UE pour les procédures de notification et action et la définition d'une nouvelle approche « suivez l'argent » de l'UE pour lutter contre les atteintes en ligne à la propriété intellectuelle.

²⁶⁵ Consultation sur la Directive 2010/13/UE relative aux services de médias audiovisuels (directive SMAV) - Un cadre pour les médias au 21e siècle, du 6 juillet au 30 septembre 2015, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st>.

²⁶⁶ Consultation sur la révision de la Directive Satellite et câble 93/83/CEE, du 24 août au 16 novembre 2015, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>.

²⁶⁷ Public consultation on the evaluation and the review of the regulatory framework for electronic communications networks and services (en anglais), du 11 septembre au 7 décembre 2015, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>.

²⁶⁸ Consultation publique sur les besoins en termes de rapidité et de qualité d'internet au-delà de 2020, du 11 septembre au 7 décembre 2015, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-needs-internet-speed-and-quality-beyond-2020>.

²⁶⁹ *Public consultation on Standards for the Digital Single Market* (en anglais), du 23 septembre 7 décembre 2015, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/have-your-say-standards-help-achieve-digital-single-market>.



6.1.1. Le réexamen du respect au civil des droits de propriété intellectuelle

Depuis sa transposition en droit interne dans les Etats membres en 2006, la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle a fait l'objet d'une première évaluation en 2011 et de plusieurs processus de consultation²⁷⁰ et auditions publiques²⁷¹ en vue de l'adapter au respect de la propriété intellectuelle à l'ère du numérique²⁷². En mai 2011, la Commission européenne a annoncé²⁷³ qu'elle travaillait à la révision de cette directive, notamment en recensant les moyens de créer un cadre qui permettra de lutter plus efficacement contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet. Cette révision, qui visait à améliorer le cadre de la procédure de droit civil, devait initialement avoir lieu en 2012, mais a été reportée à plusieurs reprises. L'amélioration des dispositions relatives à la procédure de droit civil de l'UE a également été évoquée dans le cadre de la consultation publique sur le réexamen des dispositions en matière de droit d'auteur de l'UE²⁷⁴, qui a eu lieu en 2013. A cette occasion, la Commission a demandé aux parties prenantes si certaines dispositions de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle étaient toujours de nature à assurer le respect satisfaisant du droit d'auteur à l'ère du numérique. Elle s'est également interrogée sur le meilleur moyen de garantir un juste équilibre entre le respect du droit d'auteur sur internet et la protection des droits fondamentaux. L'accent était mis sur la nécessité de renforcer les mesures visant à faire respecter le droit d'auteur en cas d'atteinte à celui-ci commise à une échelle commerciale, ainsi que sur la clarification du rôle des intermédiaires dans l'architecture de la propriété intellectuelle, dans le respect scrupuleux de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel des utilisateurs finaux.

La modernisation de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle figure désormais à nouveau, grâce à la stratégie pour un marché unique numérique, à l'ordre du jour de la Commission, dont elle représente l'une des priorités annoncées dans la Communication « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », où la Commission réaffirme que :

[...] L'existence d'un système efficace et équilibré de procédures civiles pour la lutte contre les infractions au droit d'auteur commises à une échelle commerciale est cruciale pour les investissements dans l'innovation et la création d'emplois. En outre, il convient de clarifier les règles applicables aux activités des intermédiaires en ligne en ce qui concerne les œuvres

²⁷⁰ Pour plus de précisions, voir Synthesis of the comments on the Commission report on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (en anglais), COM/2010/779 final, juillet 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/intellectual_property_rights/summary_report_replies_consultation_en.pdf ou Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures survey on civil enforcement of intellectual property rights (en anglais), du 30 novembre 2012 au 30 mars 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/intellectual-property-rights/consultation-document_en.pdf.

²⁷¹ *Public hearing on the application of Directive 2004/48/EC in a digital environment* (en anglais), 7 juin 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/conference20110607/hearing-report_en.pdf et *Conference on the enforcement of intellectual property rights*, 26 avril 2012, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/conferences_en.htm.

²⁷² Pour plus de précisions, voir le chapitre 2 de cette publication.

²⁷³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle – Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix, COM(2011) 287 final, 24 mai 2011, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_fr.pdf.

²⁷⁴ *Public consultation on the review of EU copyright rules* (en anglais), du 5 décembre 2013 au 5 mars 2014, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf



*protégées par le droit d'auteur, compte tenu, notamment, de la participation croissante de ces intermédiaires à la distribution du contenu*²⁷⁵.

La Commission annonce son intention de préciser les dispositions relatives aux activités des intermédiaires en rapport avec les contenus protégés par le droit d'auteur avant la fin 2015 et de formuler des propositions en 2016 pour moderniser le respect des droits de propriété intellectuelle en cas d'infractions commises à une échelle commerciale (l'approche « suivez l'argent »).

6.1.2. Vers la définition d'un cadre de l'UE pour la procédure de notification et action

La Commission européenne a déjà annoncé à de nombreuses reprises son intention de mettre en place un cadre européen horizontal pour la procédure de notification et action, afin de renforcer la sécurité juridique de toutes les parties concernées. Elle a agi ainsi à la suite d'une consultation publique sur le commerce électronique de 2010²⁷⁶, puis à nouveau dans sa Communication de 2012²⁷⁷, dans le cadre des priorités de la stratégie de renforcement de la confiance dans le marché numérique unique, qui consistent notamment à lutter contre les abus et à mieux régler les litiges grâce à des mécanismes plus efficaces. A la suite de cette initiative, la Commission a procédé au cours de l'été 2012 à une consultation supplémentaire sur la procédure de notification et action relative aux contenus illicites hébergés par les intermédiaires en ligne²⁷⁸. Elle visait à renforcer le niveau de sécurité juridique et de croissance des services (transfrontières) en ligne, à lutter contre l'illégalité sur internet et à assurer la transparence, l'efficacité et la proportionnalité de cette procédure, ainsi que sa conformité avec les droits fondamentaux. En avril 2013, la Commission a publié un document de travail²⁷⁹ dans lequel elle annonçait qu'elle procédait à une évaluation de l'impact de la procédure de notification et action ; en mai 2013, le Commissaire européen pour le marché intérieur et les services a prévu de proposer une nouvelle législation sur la procédure de notification et action²⁸⁰. De fait, un avant-projet a été diffusé pour les besoins d'une consultation des services de la Commission en juillet 2013, mais n'a jamais été publié.

Parmi les initiatives présentées dans la Communication de 2015 « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », la Commission confirme son intention de réfléchir à la nécessité de prendre de nouvelles mesures pour lutter contre les contenus illicites sur internet, « telles que des procédures strictes pour retirer les contenus illicites en épargnant les contenus licites », et d'examiner s'il y a lieu d'imposer aux intermédiaires une obligation de responsabilité et de vigilance

²⁷⁵ Voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015) 192 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192>.

²⁷⁶ Pour plus de précisions sur les résultats de cette consultation, voir le chapitre 2 de cette publication.

²⁷⁷ Commission Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, « A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services » (en anglais), 11 janvier 2012, http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:87375c7c-1bd0-445d-b251-60599af8c73b.0009.03/DOC_1&format=PDF.

²⁷⁸ Pour plus de précisions sur les communications de 2010 et 2012, voir le chapitre 2 de cette publication.

²⁷⁹ Commission Staff Working Document, « E-commerce Action Plan 2012-2015, State of play 2013 », SWD(2013) 153 final (en anglais), 23 avril 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf.

²⁸⁰ Voir le discours (en anglais) prononcé le 28 mai 2013 lors de la conférence « Le marché unique numérique de l'UE : de la théorie à la réalité » par Michel Barnier, Commissaire européen pour le marché intérieur et les services, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-476_en.htm?locale=en.



accrues dans la gestion de leurs réseaux et systèmes. A cette fin, la Commission s'engage à entreprendre une évaluation complète du rôle des plateformes. Outre ce processus, une nouvelle consultation a été lancée le 24 septembre 2015 sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage, ainsi que sur l'économie collaborative²⁸¹. La Commission a déjà annoncé qu'elle aborderait la lutte contre les contenus illicites en ligne et la responsabilité des intermédiaires en ligne dans le cadre de l'un des quatre thèmes stratégiques de l'économie numérique, en tenant compte de l'importante évolution technologique, juridique et politique qui s'est opérée au cours des cinq dernières années. Le rôle ambigu des fournisseurs de services internet consacré par la directive relative au commerce électronique et leur obligation de vigilance, qui leur impose une responsabilité et une vigilance accrues dans la gestion de leurs réseaux et systèmes, sont également mis en avant dans le document de consultation. Plus précisément, la Commission s'enquiert de la nécessité de mettre à jour les définitions et catégories actuelles des services proposés – transport/mise en cache de contenu/hébergement – « compte tenu de la participation croissante à la diffusion des contenus de certains intermédiaires en ligne, comme les sites web de partage de vidéos », afin d'en donner une interprétation plus homogène en Europe.

Pour ce qui est de la procédure de notification et action, la Commission consulte les parties prenantes sur la nécessité d'établir une distinction entre les catégories de contenus illicites, comme l'offre ou la promotion illicite de biens ou de services, les contenus qui facilitent le hameçonnage, le détournement de domaine ou l'intrusion informatique, la violation des droits de propriété intellectuelle, la violation des dispositions relatives à la protection des consommateurs et des exigences en matière de sûreté et de sécurité, les contenus racistes et xénophobes, les contenus homophobes, le discours de haine, les contenus de violences sexuelles sur mineur, les contenus à caractère terroriste, les contenus diffamatoires, etc. La Commission évoque également l'idée de donner aux fournisseurs de contenus la possibilité de faire part aux fournisseurs de services d'hébergement de leur point de vue sur le caractère supposé illicite d'un contenu, tout comme la nécessité de faire en sorte que les mesures prises par ces services restent effectives dans le temps (« principe de retrait et de suppression permanente »).

Cette consultation s'est terminée en décembre 2015. Elle représente la première étape de l'examen par la Commission des questions relatives aux plateformes, exception faite de la procédure de notification et action. Le résultat de cette consultation devrait servir à une évaluation approfondie du rôle des plateformes et des intermédiaires, prévue au premier semestre 2016.

6.1.3. La nouvelle stratégie de l'UE : privilégier l'approche « suivez l'argent »

Dans le cadre de sa stratégie globale en faveur de la création d'un marché unique des droits de propriété intellectuelle²⁸², la Commission européenne a annoncé qu'elle étudierait dans quelle mesure la vente de marchandises contrefaites sur internet peut être diminuée par des mesures volontaires auxquelles participent les parties prenantes les plus concernées par ce phénomène, c'est-à-dire les titulaires de droits et les plateformes internet. Dans cet esprit, la Commission a

²⁸¹ EC consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy (en anglais), 24 septembre 2015, <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/Platforms/>.

²⁸² Voir la Communication mentionnée plus haut, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle – doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix », 24 mai 2011.



adopté en juillet 2014 une Communication²⁸³ qui établit un plan d'action en 10 points, lequel sera mis en œuvre par la Commission en partenariat avec l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), qui abrite depuis juin 2012²⁸⁴ l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. L'objectif de la Commission est de parvenir à un consensus renouvelé sur la manière dont les droits de propriété intellectuelle sont exercés, avec la participation de toutes les parties prenantes. La Communication prolonge et amplifie ce consensus : la politique de respect de la propriété intellectuelle doit privilégier la lutte contre les activités qui portent atteinte à la propriété intellectuelle à une échelle commerciale, car celles-ci sont les plus préjudiciables selon la Commission. Elle vise à proposer de nouveaux outils pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, comme l'approche « suivez l'argent », qui cherche à priver les contrevenants à une échelle commerciale des revenus qui les conduisent à exercer de telles activités. Pour ce faire, la Commission privilégie le dialogue entre les parties prenantes, afin de parvenir à la conclusion d'accords entre les titulaires de droits et les partenaires commerciaux qui produisent, promeuvent, distribuent et vendent leurs produits, ces accords devant satisfaire au double objectif de détection et d'interruption rapides des activités qui portent atteinte à la propriété intellectuelle à une échelle commerciale, dans le cadre d'une démarche préventive²⁸⁵.

La Commission a déjà œuvré dans le sens de cet objectif en élaborant des protocoles d'accord qui énoncent les principes que peuvent reprendre les signataires d'accords contractuels bilatéraux. Le premier dialogue, qui portait sur les moyens de limiter la vente des articles contrefaits par l'intermédiaire des plateformes en ligne, a débouché sur un protocole d'accord en 2011²⁸⁶. Un rapport d'évaluation d'avril 2013 a conclu qu'il pouvait être utile de l'étendre à de nouvelles parties²⁸⁷. Sur cette base, la Commission a établi en 2014 et 2015 de nouveaux dialogues entre les parties intéressées, qui comprennent les prestataires de services publicitaires, de services de paiement et de services d'expédition, pour obtenir la signature de nouveaux protocoles d'accord en vue d'empêcher la circulation sur internet des produits qui portent atteinte à la propriété intellectuelle. En parallèle, l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle a effectué une analyse comparée des pratiques de collaboration qui existent entre les titulaires de droits et les partenaires commerciaux établis dans les Etats membres et les pays tiers. Afin de faciliter l'élaboration de nouveaux protocoles d'accord destinés à réduire les bénéfices générés par les violations de la propriété intellectuelle commises à une échelle commerciale dans l'environnement en ligne, cet élément a été inséré dans le plan d'action de la Commission européenne prévu dans la Communication de 2014.

²⁸³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Vers un consensus renouvelé sur la protection des droits de propriété intellectuelle : un plan d'action de l'UE », 1er juillet 2014, COM(2014) 392 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014DC0392>.

²⁸⁴ Le Règlement (EU) n° 386/2012 du 19 avril 2012 confie à l'OHMI diverses missions, qui visent à faciliter et à soutenir les activités des autorités nationales, du secteur privé et des institutions de l'UE dans leur lutte contre les violations des droits de propriété intellectuelle. Ces attributions ne s'étendent pas à une participation à des opérations ou enquêtes précises menées par les autorités nationales, ni aux questions relatives à la coopération judiciaire et policière, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/observatory/20120419-ohim-regulation_fr.pdf

²⁸⁵ Le Plan d'action 2014 comprend un certain nombre d'autres activités, comme la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers et le renforcement de la coopération entre les autorités douanières au sein de l'UE et dans les pays tiers vis-à-vis de la commercialisation des marchandises qui portent atteinte à la propriété intellectuelle. Ces actions se doublent de campagnes de sensibilisation des consommateurs et des producteurs aux conséquences plus larges de la violation des droits de propriété intellectuelle.

²⁸⁶ Voir le paragraphe 4.2 de cette publication.

²⁸⁷ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 18 avril 2013 concernant le fonctionnement du protocole d'accord sur la vente de contrefaçons sur l'internet, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0209&from=FR>.



À la suite de cette Communication, la Commission a mis en place en septembre 2014 un groupe d'experts concernant le respect des droits de propriété intellectuelle²⁸⁸, qui vise à renforcer la coopération entre la Commission et les autorités des Etats membres de l'UE chargées de veiller au respect des droits de propriété intellectuelle. Ce groupe a pour mandat de dispenser à la Commission des conseils et une expertise à propos de la préparation et de la mise en œuvre d'initiatives politiques, ainsi que de faciliter la mise en commun des expériences réglementaires et des bonnes pratiques entre les pays de l'UE. Le groupe prévoit notamment une plateforme d'échange des meilleures pratiques fondées sur l'approche « suivez l'argent » dans l'Europe entière. En outre, le Parlement européen a également souscrit, dans une résolution du 9 juin 2015²⁸⁹, à une approche fondée sur le devoir de vigilance de l'ensemble des principaux acteurs et opérateurs de la chaîne d'approvisionnement (les titulaires de droits, les producteurs, les intermédiaires, les fournisseurs de services internet, les plateformes de vente en ligne, les utilisateurs finaux et les autorités publiques) dans la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Le Parlement a souligné l'importance des accords de secteur et des guides de bonnes pratiques dans ce domaine. Il a appelé les opérateurs de l'industrie à échanger leurs informations relatives aux plateformes qui fournissent un accès aux contenus illicites et à prendre des mesures coordonnées et proportionnées, telles que la notification et le retrait, pour réduire les revenus tirés de ces contenus ou de ces plateformes. Le Parlement a rappelé que ces approches devaient être conformes aux principes de la directive relative au commerce électronique et aux droits fondamentaux et que le blocage des sites web par des voies non judiciaires était exclu.

Cependant, en pratique, plusieurs questions continuent à se poser à propos de la portée exacte de l'approche « suivez l'argent ». L'Union européenne doit-elle opter pour une extension du modèle américain, dans lequel les sociétés américaines comme Visa, MasterCard, PayPal et Google interviennent pour supprimer dans le monde entier les services de sociétés accusées d'enfreindre le droit d'auteur? Ou doit-elle lui préférer une approche fondée sur l'état de droit, dans laquelle les juridictions européennes pourraient ordonner aux services de paiement ou aux services publicitaires d'annuler des paiements au cas par cas? Laquelle de ces deux approches sera la plus efficace dans un environnement numérique en constante évolution?

Dans sa Communication « Vers un cadre moderne et plus européen du droit d'auteur »²⁹⁰ du 9 décembre 2015, la Commission européenne a annoncé qu'elle « prendra des mesures immédiates pour participer, avec toutes les parties concernées, à la mise en place et à l'application de mécanismes follow-the-money, selon une approche d'autorégulation ». Elle estime en effet que l'approche follow the money semble être une méthode particulièrement prometteuse susceptible de priver les auteurs d'infractions commerciales des revenus qu'ils tirent de leurs activités illicites et d'exercer ainsi un effet dissuasif. La Commission a pour objectif de parvenir à un accord d'ici au printemps 2016 et précise que les codes de conduite applicables à l'échelon de l'Union européenne

²⁸⁸ Décision de la Commission du 16 septembre 2014 sur la mise en place d'un groupe d'experts concernant le respect des droits de propriété intellectuelle, COM(2014) 6449 final, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/expert-group/setting-up-expert-group_fr.pdf.

²⁸⁹ Résolution du Parlement européen du 9 juin 2015 sur la communication intitulée « Vers un consensus renouvelé sur la protection des droits de propriété intellectuelle: un plan d'action de l'UE » (2014/2151), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0220+0+DOC+XML+V0//FR>; voir également le rapport de la Commission des affaires juridiques, « Vers un consensus renouvelé sur la protection des droits de propriété intellectuelle: un plan d'action de l'UE », rapporteur Pavel Svoboda, A8-0169/2015, 18 mai 2015, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0169+0+DOC+PDF+V0//FR>.

²⁹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers un cadre plus moderne et plus européen pour le droit d'auteur », 9 décembre 2015, [COM(2015)626 final], <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN>.



pourraient être étayés par la législation afin de garantir leur pleine efficacité. La Commission a également annoncé qu'elle « analysera les options envisageables et étudiera, d'ici à l'automne 2016, la nécessité de modifier le cadre législatif [...], notamment pour clarifier, s'il y a lieu, les règles d'identification des contrevenants, l'application [transfrontière] de mesures provisoires et conservatoires et d'actions en cessation [...], le calcul et l'octroi de dommages-intérêts et les frais de justice ».

6.1.4. Remarques finales

Alors que le secteur audiovisuel de l'Union européenne connaît une profonde mutation, qui se caractérise par le déclin des anciens modèles, l'avènement de nouveaux services et de nouvelles formes de concurrence des acteurs traditionnels, les contenus de la création artistique demeurent plus que jamais au cœur du marché numérique. Les technologies et services numériques permettent d'accroître les possibilités de diffusion de contenus créatifs dans le monde entier. Mais ils ont également accru les possibilités de copie et de diffusion illicites d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Il est généralement admis que les auteurs et les créateurs, qui figurent au cœur du processus de création, devraient être rémunérés pour leur travail. Mais le respect du droit d'auteur en ligne se heurte à de nombreux obstacles pratiques et soulève plusieurs questions concrètes. Diverses méthodes sont expérimentées à l'échelon international, européen et national : les approches de type « suivez l'argent », les procédures de « notification et action » ou l'amélioration des procédures de respect des droits de propriété intellectuelle au civil ne représentent que quelques-unes des pistes à l'étude. Les juridictions nationales et la Cour de justice de l'Union européenne jouent également un rôle de précurseurs en interprétant la législation à la lumière des nouvelles technologies et des nouveaux services. La mise en œuvre de ces approches ne va cependant pas de soi ; elles doivent donc s'accompagner de mécanismes de sensibilisation de l'opinion publique. Il est clair que certaines personnes ne feront pas grand cas des éléments portés à leur connaissance pour les sensibiliser au respect du droit d'auteur. Mais il existe bien des moyens de veiller à ce que la majorité des citoyens fasse le choix des contenus licites.

