

# Les législations de lutte contre le téléchargement illégal : entre riposte graduée et filtrage de l'Internet

Victor Dzomo-Silinou\*

INTRODUCTION .....	47
A. Une mise en contexte .....	47
B. Une cartographie des mesures contre le téléchargement illégal à travers le monde .....	52
1. FRANCE .....	58
1.1 La genèse du projet de loi HADOPI .....	60
1.2 Le projet de loi HADOPI .....	64
1.2.1 HADOPI 1 et le Conseil constitutionnel .....	64
1.2.2 HADOPI 2 et le Conseil constitutionnel .....	65
1.3 La mission Création et Internet .....	67
1.4 Avec Hadopi, quel avenir pour les industries culturelles en France ? .....	68
1.5 HADOPI résoudra-t-elle la question du téléchargement ? .....	70
1.6 Développements récents .....	73

---

© Victor Dzomo-Silinou, 2014.

\* Juriste et politologue, conseiller aux politiques de culture et des communications au ministère de la Culture et des Communications. L'auteur souhaite indiquer que les opinions émises dans cet article sont personnelles.

1.7	Le rapport Lescure et ses suites. . . . .	77
2.	ROYAUME-UNI . . . . .	78
2.1	Le contexte du téléchargement illégal et du partage des œuvres protégées au Royaume-Uni. . . . .	79
2.2	La situation de la gestion des contenus numériques au Royaume-Uni . . . . .	81
2.2.1	La riposte graduée abandonnée. . . . .	81
2.2.2	Le Royaume-Uni numérique pour les prochaines années . . . . .	84
2.2.2.1	Le rôle de l'Agence des droits numériques . . . . .	85
2.2.2.1.1	Informar, sensibiliser et éduquer les consommateurs afin de changer leur comportement . . .	85
2.2.2.1.2	Encourager l'innovation en facilitant la création de nouveaux moyens d'accéder aux contenus protégés . . . . .	85
2.2.2.2	Composition et financement de l'Agence. .	86
2.2.2.3	La législation proposée . . . . .	86
2.2.3	Où en sommes-nous ? . . . . .	87
2.2.4	Développements récents. . . . .	91
3.	BELGIQUE. . . . .	93
3.1	Le contexte du téléchargement illégal et du partage des œuvres protégées en Belgique . . . . .	93
3.2	Des initiatives belges pour lutter contre l'offre et l'échange illicite sur Internet . . . . .	96
3.2.1	La voie juridique. . . . .	96
3.2.2	En matière pénale . . . . .	97
3.3	Où en sommes-nous ? . . . . .	102

---

3.4	Développements récents : l'affaire <i>Scarlet c. Sabam</i> . . . .	106
3.4.1	L'avis de l'avocat général . . . . .	106
3.4.2	L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne : interdiction de tout filtrage sur Internet pour motif de protection des droits d'auteur . . . . .	108
3.5	Conclusion . . . . .	110
4.	LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE ALLEMANDE . . . . .	110
4.1	Quel cadre juridique pour le téléchargement sur Internet en Allemagne ? . . . . .	110
4.2	Des réponses judiciaires : une évolution en dents de scie . . . . .	113
4.2.1	La voie pénale . . . . .	113
4.2.2	Du filtrage de la Toile pour cause de lutte contre la pédopornographie au blocage des sites Internet pour téléchargement de contenus protégés . . . . .	114
4.3	La grogne des professionnels du livre : pas d'avenir sans sécurité juridique . . . . .	116
4.4	Où en sommes-nous ? . . . . .	116
4.5	Développements récents . . . . .	118
5.	L'ESPAGNE . . . . .	119
5.1	Le contexte espagnol . . . . .	119
5.2	Les péripéties de la <i>Loi Sinde</i> . . . . .	123
5.3	La Commission de la propriété intellectuelle, un dispositif législatif sanctionnant le piratage ? . . . . .	126
5.4	La lutte contre le piratage en Espagne : évolution récente . . . . .	128
6.	L'AUSTRALIE . . . . .	131
6.1	Les transmutations du système de filtrage de l'Internet en Australie . . . . .	131

6.2	Quel rôle pour les FSI dans la lutte contre le piratage sur Internet ? . . . . .	136
6.3	Les accords contractuels au secours des initiatives légales : le nouveau modèle australien . . . . .	138
7.	NOUVELLE ZÉLANDE . . . . .	140
7.1	Le contexte . . . . .	140
7.2	Les hauts et les bas du système de riposte graduée en Nouvelle-Zélande . . . . .	141
7.3	La nouvelle riposte graduée néo-zélandaise et ses suites . . . . .	143
	CONCLUSION GÉNÉRALE . . . . .	146

## INTRODUCTION

Cet article<sup>1</sup> vise à faire un inventaire des mesures proposées par des gouvernements dans le monde pour lutter contre le piratage numérique et physique et pour garantir au plan opérationnel le respect des droits de propriété intellectuelle.

### A. Une mise en contexte

*Le Soleil*, dans son édition du 2 mars 2013, annonçait les couleurs du phénomène de téléchargement moderne au moyen des sites de partage de fichiers en ligne, en titrant : « Les pirates plus avides que jamais »<sup>2</sup>. En effet, Samuel Auger, qui décrypte le phénomène, soutient que les pirates des années 2010 ont le vent en poupe, que la toile mondiale regorge de fichiers illégaux en proportions démesurées et accessibles en un seul clic et que le piratage a pris une ampleur plus considérable. Il souligne qu'en 2009, les sites pirates généraient 200 millions de visites par mois, alors que trois ans plus tard, ils attirent près d'un milliard de visiteurs tous les mois. Selon lui, avec le déploiement massif des connexions à haut débit, le téléchargement d'œuvres artistiques prend de l'importance. En effet, le nombre de contenus piratés (films, jeux vidéo, logiciels, livres, etc.) se compte aujourd'hui en milliers de téraoctets, ce qui est bien assez pour remplir des milliers de disques durs de grande capacité. Et le Web est désormais rempli de trouvailles illégales du genre, remarque-t-il. Pour illustrer l'ampleur du phénomène, il souligne qu'il n'est pas rare de voir des coffrets et des collections dépassant les 100 gigaoctets, soit deux fois la limite de téléchargement mensuel de bien des Québécois. C'est ainsi, par exemple, que les utilisateurs les plus assidus de Torrent411 (une plateforme de téléchargement née au Québec) ont déjà partagé chacun pour plus de 50 téraoctets de fichiers illégaux, soit l'équivalent de 50 000 heures de vidéo en haute définition. Il déplore le mutisme qui entoure l'exploitation de ces sites de partage en ligne :

- 
1. Le premier volet de cette étude a été publié à (2012) 23:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* sous le titre, « Le phénomène du téléchargement illégal sur Internet et la question de la rémunération de la création », p. 773-801.
  2. Voir Samuel AUGER, « Les pirates plus avides que jamais », *Le Soleil*, 2 mars 2013, p. 18.

Les administrateurs sont anonymes. Idem pour tous les utilisateurs. Pis : nombre de ces plates-formes sont tout simplement exclusives. Une invitation – parfois payante – d’un ami est requise. Des clubs VIP où seuls les téléverseurs émérites sont acceptés. En dépit de ce manque de transparence, la majorité des sites invitent les visiteurs à verser des dons pour maintenir les serveurs à flot. Aucune somme récoltée n’est remise aux auteurs et artistes derrière les œuvres partagées.<sup>3</sup>

Il convient de noter que pour Samuel Auger, un site de torrents est, en soi, tout à fait légal. Selon lui, si le partage de fichiers est permis par la loi, c’est bien plus le partage et la distribution de contenus protégés par les droits d’auteur qui ne le sont pas. Or, les sites de torrents sont saturés d’œuvres artistiques protégées par le droit d’auteur<sup>4</sup>.

Dans un sens conforme, on observe que la dernière décennie a vu se développer de nombreuses études sur les pratiques culturelles des internautes et, notamment, sur la lutte contre les atteintes au droit d’auteur sur Internet<sup>5</sup>. Dans les conclusions de ces études, une constante demeure. Elles démontrent toutes l’essor du téléchargement illégal<sup>6</sup>, notamment en matière de musique et de films, au travers de dispositifs d’échanges de fichiers communément appelés *Peer-to-Peer* (P2P)<sup>7</sup> qui permettent à leurs utilisateurs de disposer facilement d’une offre gratuite et abondante, laissant se développer un sentiment d’impunité<sup>8</sup>.

---

3. *Ibid.*

4. AUGER, *Légal ou pas ?*, *loc. cit.*, p. 20.

5. On peut citer, entre autres, l’excellent rapport de Sandrine Hallemans dont nous nous inspirons dans cette étude : *Étude relative à la lutte contre les atteintes au droit d’auteur sur Internet*, (Namur, Centre de recherche Information, Droit et Société – CRIDS, 24 septembre 2012), p. 192, <[http://economie.fgov.be/fr/binaries/etude\\_lutte\\_contre\\_les\\_atteintes\\_au\\_droit\\_d\\_auteur\\_sur\\_internet\\_tcm326-226199.pdf](http://economie.fgov.be/fr/binaries/etude_lutte_contre_les_atteintes_au_droit_d_auteur_sur_internet_tcm326-226199.pdf)>.

6. Le téléchargement illégal, communément appelé « piratage » ou « contrefaçon » (termes interchangeable), est le fait de reproduire par copie ou par imitation une œuvre littéraire, artistique ou industrielle et ce, au préjudice de son créateur ou de son inventeur. Voir Myriam QUÉMÈNER, « Lutter contre la contrefaçon en ligne : éléments d’actualité », *Village de la justice*, 14 décembre 2009, <<http://www.village-justice.com/articles/Lutter-contre-contrefacon-ligne,7123.html>>.

7. Samuel Auger explique que les sites de partage de fichiers modernes utilisent souvent le principe des torrents, qui scindent un fichier en des centaines de morceaux sur autant d’ordinateurs-utilisateurs. Le site agit alors comme coordonnateur du trafic et il facilite surtout la distribution, sans héberger le contenu. Voir Auger, *op. cit.*, p. 20.

8. Lire l’excellent essai de Denis OLIVENNES, *La gratuité, c’est le vol : Quand le piratage tue la culture*, (Grasset, Paris, 2007), p. 132.

Aussi a-t-on essayé de déterminer si ce phénomène est bénéfique pour la filière culturelle, permettant le développement de nouveaux modèles d'affaires émergents de l'Internet, d'innovations technologiques pour les producteurs d'œuvres protégées (musique, cinéma, édition de livres)<sup>9</sup>, ainsi qu'en favorisant la découverte de nouveaux artistes, de nouvelles œuvres ; ou bien si ce phénomène conduit tout droit le secteur à sa ruine, chaque piratage étant constitutif d'une perte<sup>10</sup>.

Le développement croissant du piratage a notamment conduit les pouvoirs publics et la communauté internationale à renforcer de façon significative les mesures répressives, aussi bien sur le plan civil que pénal. Et pour reprendre l'heureuse expression d'Emily Tonglet sur l'origine de cette lutte contre le piratage<sup>11</sup>, ce phénomène révèle une certaine incapacité des pouvoirs publics, tous États confondus, à concilier la diffusion illimitée de la culture sur Internet avec la protection effective des droits d'auteur.

Force est de constater que cette protection juridique des droits de propriété intellectuelle revêt une signification particulière pour le commerce international et qu'elle se situe aujourd'hui au cœur des préoccupations des gouvernements nationaux et des organisations internationales ou régionales.

En effet, la protection internationale des droits d'auteur a vu le jour au milieu du 19<sup>e</sup> siècle avec la signature des premiers traités bilatéraux et, par la suite, l'adoption de traités internationaux. Ces textes couplés avec leurs déclinaisons juridiques nationales, offrent dans une certaine mesure un cadre mondial homogène pour la protection de la propriété intellectuelle (la Convention de Berne – 1886 ; la Convention universelle sur le droit d'auteur – 1952 ; la Convention de Rome (Droits voisins) – 1961 ; l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) – 1994 ; les Traités Internet de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes – 1996).

- 
9. Lisa CAMERON et Coleman BAZELON, *The Impact of Digitization on Business Models in Copyright-Driven Industries: A Review of the Economic Issues* (Cambridge, The Brattle Group, 26 février 2013), p. 52, <[http://brattle.com/system/news/pdfs/000/000/216/original/The\\_Impact\\_of\\_Digitization\\_on\\_Business\\_Models\\_in\\_Copyright-Driven\\_Industries\\_Cameron\\_Bazelon\\_Feb\\_26\\_2013.pdf?1377791292](http://brattle.com/system/news/pdfs/000/000/216/original/The_Impact_of_Digitization_on_Business_Models_in_Copyright-Driven_Industries_Cameron_Bazelon_Feb_26_2013.pdf?1377791292)>.
  10. Voir Julien LAUSSON, « Les pirates sont aussi de bons clients de l'offre légale », *Numerama*, 16 octobre 2012, <<http://www.numerama.com/magazine/24035-les-pirates-sont-aussi-de-bons-clients-de-l-offre-legale.html>>.
  11. Emily TONGLET, *La lutte européenne contre le piratage sur Internet : défi du XXI<sup>ème</sup> siècle* (Nanterre La Défense, Université Paris Ouest, 19 avril 2012), <<http://m2bde.u-paris10.fr/node/2368>>.

Tous les traités bilatéraux ont inclus la propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement<sup>12</sup> amenant les États, livrés à eux-mêmes, à une concurrence économique, législative et fiscale, à prioriser la protection de la propriété intellectuelle afin d'assurer un minimum de garanties aux investisseurs locaux et étrangers<sup>13</sup>.

Cette tendance témoigne de l'enjeu économique majeur qu'a le piratage pour de nombreux gouvernements dans le monde. L'adoption de projets politiques qui visent à apporter des solutions juridiques aux téléchargements illégaux d'œuvres et de contenus protégés par le droit d'auteur démontre cela. Ces solutions se sont traduites de manière vigoureuse et parfois drastique par l'adoption de mesures très souvent législatives dont la finalité est la lutte contre le téléchargement illégal ou, à tout le moins, le renforcement de la lutte contre le piratage et la contrefaçon. L'effectivité de ces projets politiques conjugués à des mesures législatives a été renforcée par la mise en place d'un arsenal de mécanismes de protection et de sanctions propres à chacun des pays. Cet arsenal se définit par des effets de riposte et de filtrage de la connexion Internet pour prévenir l'échange d'œuvres protégées par des droits d'auteur, sans l'autorisation préalable des titulaires desdits droits ou de leurs ayants droit, d'une part, et sans les opportunités de monétisation exploitées pour les compenser, d'autre part. Dans la plupart des cas, ces mesures ont visé des catégories de personnes distinctes, soit l'internaute, soit les intermédiaires de l'Internet (fournisseurs de services Internet, moteurs de recherche, etc.).

L'adoption de ces mesures volontaristes, tant dans leurs formes (manque de transparence) que dans leurs méthodes (risques d'atteinte à certains droits et libertés fondamentaux), a suscité de vives critiques, de réelles inquiétudes et de nombreuses controverses quant à leur efficacité et leur caractère contraignant et répressif, dans les milieux culturels, politiques et parmi les acteurs de la chaîne de valeur numérique<sup>14</sup>. Les mesures législatives et réglementaires adoptées ont également fait ressortir des préoccupations tenant à leur légitimité du fait de la complexité de l'enjeu et de ses réelles répercussions politiques, économiques et sociales. De manière incidente, elles ont « fait apparaître un nouveau clivage entre les entreprises d'informatique

12. Voir *Bilateral investment treaty*, dans *Wikipedia*, <[http://en.wikipedia.org/wiki/Bilateral\\_investment\\_treaty](http://en.wikipedia.org/wiki/Bilateral_investment_treaty)>.

13. Voir Emmanuel GILLET, « Légiférer en matière de propriété intellectuelle : un exercice impossible ? », *Site d'information des noms de domaine*, 30 août 2011, <<http://web.archive.org/web/20130207230811/http://www.domainesinfo.fr/chronique/367/emmanuel-gillet-legiferer-en-matiere-de-propriete-intellectuelle-un-exercice-impossible.php>>.

14. « Accords bilatéraux et diversité culturelle », (1<sup>er</sup> juin 2009) 4:5 *Bulletin d'information* 1.



adaptées aux défis du monde numérique et les grandes industries culturelles dont les profits et les activités sont fort affectés par la mutation numérique »<sup>15</sup>.

Depuis la condamnation de Napster pour piratage en février 2001<sup>16</sup>, plusieurs décisions judiciaires largement médiatisées ont été rendues sur des cas de téléchargements illégaux de musique ou de films sur Internet au moyen des réseaux P2P. Parmi celles-ci, on peut mentionner les suivantes : Kazaa (2002)<sup>17</sup> ; Audiogalaxy (2002)<sup>18</sup> ; Grokster et Morpheus (2003)<sup>19</sup> ; Verizon (2003)<sup>20</sup> ; eDonkey (2006)<sup>21</sup> ; Bearshare ; eMule ; Razorback ; The Pirate Bay (2009)<sup>22</sup> ; LimeWire (2010)<sup>23</sup> ; les sagas judiciaires des affaires *RIAA c. Jammie Thomas-Rasset*<sup>24</sup>, *RIAA c. Whitney Harper* et *RIAA c. Joel Tenenbaum*<sup>25</sup>. Plus

15. « Accords commerciaux et diversité culturelle », (janvier 2013) 8 *Chronique des industries culturelles*, Édition spéciale p. 19.
16. *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 239 F.3d 1004 (9<sup>e</sup> circuit, 2001) ; voir également Raman Mittal, « P2P Networks: Online Piracy of Music, Films and Computer Software », (2004) 9 *Journal of Intellectual Property Rights* 440-461, <<http://www.niscair.res.in/sciencecommunication/researchjournals/rejour/jipr/Fulltextsearch/2004/September%202004/JIPR-vol%209-September%202004-pp%20440-461.htm>>.
17. *Buma / Stemra v. Kazaa*, Cour d'appel d'Amsterdam, 28 mars 2002 [En traduction anglaise, <[http://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA\\_v\\_Kazaa/20020328\\_kazaa\\_appeal\\_judgment.html](http://w2.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html)>].
18. Owen GIBSON, « Audiogalaxy Settles Copyright Cases », *The Guardian*, 20 juin 2002 ; également « RIAA, NMPA Reach Settlement With Audiogalaxy.com », *RIAA*, 17 juin 2002, <<http://web.archive.org/web/20060323021753/http://www.riaa.com/news/newsletter/061702.asp>>.
19. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster / Sharman Network Ltd's*, 380 F. 3d 1154 (9<sup>e</sup> circuit, 2003), *vacated and remanded* 545 U.S. 913 (2005).
20. *Recording Industry Ass'n of America v. Verizon Internet Servs. Inc.*, 351 F.3d 1229 (C.A. Distict de Columbia, 2003).
21. VINCENT, « eDonkey : Accord de 30 millions de \$ et menaces », *Clubic Pro*, 13 septembre 2006, <<http://www.clubic.com/actualite-38451-edonkey-accord-30-menaces.html>>.
22. L'affaire « The Pirate Bay », 29 avril 2009, <<http://www.village-justice.com/articles/affaire-Pirate,5414.html>>.
23. « LimeWire Found Liable for Inducing Copyright Infringement », *The Globe & Mail*, 12 mai 2010, <<http://web.archive.org/web/20100722142842/http://www.theglobeandmail.com/news/technology/limewire-found-liable-for-inducing-copyright-infringement/article1566967>> ; VINCENT, « Musique et P2P : Lime Wire attaque les majors », *Clubic Pro*, 17 mars 2006, <<http://www.clubic.com/actualite-38888-musique-p2p-lime-wire-attaque-majors.html>> ; également « LimeWire obtient une limitation des sommes à verser aux labels », *Reuters France*, 11 septembre 2011, <<http://fr.reuters.com/article/frEuroRpt/idFRLDE7292R520110311>>.
24. Julien LAUSSON, « Jammie Thomas refuse le compromis à 25 000 dollars de la RIAA », *Numerama*, 29 janvier 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/14954-jammie-thomas-refuse-le-compromis-a-25-000-dollars-de-la-riaa.html>>.
25. Guillaume CHAMPEAU, « 675 000 dollars d'amende pour 30 chansons piratées : sanction confirmée », *Numerama*, 21 mai 2012, <<http://www.numerama.com/magazine/22667-675-000-dollars-d-amende-pour-30-chansons-piratees-sanction>>.

récemment, Gary Fung, le fondateur de *IsoHunt*, un site de liens BitTorrent condamné aux États-Unis pour incitation au piratage<sup>26</sup>, a officiellement fermé ses portes, contraint de régler 110 millions de dollars de dommages et intérêts à la MPAA et contraint de s'engager à ne plus porter atteinte au droit d'auteur (*Motion Picture Association of America*) conformément aux termes d'un arrangement hors cour<sup>27</sup>.

Les leçons tirées de ces différentes décisions judiciaires sont les suivantes : 1) le téléchargement des contenus protégés par le droit d'auteur sur les réseaux P2P peut parfois bénéficier de l'exception pour copie privée ; 2) c'est la mise à disposition de fichiers sur Internet qui devrait être sanctionnée, plutôt que le téléchargement en lui-même ; 3) une structure éditant un logiciel de P2P peut être reconnue comme étant responsable de la mise à disposition d'un moyen permettant de contrevenir aux règles de la propriété intellectuelle. Mais, tout compte fait, ces constatations ne remplacent toutefois pas l'adoption et la mise en place de dispositions législatives.

## **B. Une cartographie des mesures contre le téléchargement illégal à travers le monde**

La problématique légale de l'offre culturelle sur Internet est centrée sur la question de l'accessibilité aux biens numérisés, accessibilité rendue possible par des systèmes de partage de fichiers entre particuliers au travers desquels s'effectuent les atteintes aux droits d'auteur dans un marché dominé par la diversité des intérêts économiques de leurs créateurs. Ce marché qui définit un nouvel écosystème met aux prises, d'un côté, de puissants lobbies industriels qui font pression sur des gouvernements pour qu'ils défendent au mieux leurs intérêts dans ce marché et, de l'autre, des artistes qui se mobilisent pour faire porter leurs revendications auprès desdits gouvernements. Prises entre ces feux-croisés, des autorités publiques, dans leur recherche d'un mécanisme de régulation pour établir un équilibre entre ces intérêts multiples et divergents, ont tenté de mettre en place des mesures pour lutter contre les atteintes aux droits d'auteur sur Internet. Mais ces mesures se sont soldées, jusqu'à

---

confirmer.html> ; également « Myth and Facts: The Latest Update in Joel's Case », *Joel fights back*, 3 septembre 2012, <<http://joelfightsback.com/#/2012/09/myth-and-facts-the-latest-update-in-joels-case>>.

26. Voir Julien LAUSSON, « IsoHunt doit supprimer tous les liens torrents illicites », *Numerama*, 31 mars 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/15400-isohunt-doit-supprimer-tous-les-liens-torrents-illicites.html>>.

27. CBCNews, « IsoHunt Shut Down, Canadian Torrent Firm Fined \$110M US », 18 octobre 2013, <<http://www.cbc.ca/news/technology/isohunt-shut-down-canadian-torrent-firm-fined-110m-us-1.2126064>>.

présent, par la mise en place de mécanismes répressifs de sanctions différents et controversés.

Ainsi, plusieurs pays ont tenté de mettre en œuvre une loi pour lutter contre le téléchargement illégal. La panoplie des mesures de lutte mises en place fournissent la base d'une typologie des dispositifs législatifs sanctionnant les violations des droits d'auteurs sur Internet allant de la riposte graduée au filtrage d'Internet. Sur la base des informations colligées à plusieurs sources, plus d'une trentaine de pays<sup>28</sup> ayant essayé chacun de légiférer contre le téléchargement illégal ont été recensés. Les mesures prises en la matière ont été particulièrement florissantes durant les années 2009 à 2012, d'où l'intérêt de faire une classification des mesures anti-piratage en fonction de modalités opérationnelles qui, en l'espèce, sont la riposte graduée et le filtrage<sup>29</sup>.

28. Cette liste comprend 30 pays : Suède ; États-Unis ; Royaume-Uni ; Taïwan ; Nouvelle-Zélande ; Irlande ; Japon ; Canada ; Norvège ; Corée du Sud ; France ; Italie ; Allemagne ; Belgique ; Espagne ; Turquie ; Danemark ; Australie ; Pologne ; Suisse ; Maroc ; République tchèque ; Chili ; Finlande ; Pays-Bas ; Brésil ; Argentine ; Les Émirats arabes ; Indonésie ; Hongrie.
29. *Tour d'horizon des évolutions récentes*, France, DGTE-Publications des Services économiques, (décembre 2009) 19 *Revue Propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon*, Direction générale du Trésor, France, p. 10 ; Camille GÉVAUDAN, « Avant la France, le Royaume-Uni essaie la riposte graduée », *Écrans*, 26 juillet 2008, <<http://www.ecrans.fr/Les-FAI-anglais-envoient-leurs,4721.html>> ; Astrid GIRARDEAU, « Les FAI danois refusent la riposte graduée », *Écrans*, 19 septembre 2008, <<http://www.ecrans.fr/Les-FAI-danois-refusent-la-riposte,5169.html>> ; Astrid GIRARDEAU, « L'Allemagne rejette la riposte graduée », *Écrans*, 4 février 2009, <<http://www.ecrans.fr/L-Allemagne-rejette-la-riposte,6343.html>> ; Astrid GIRARDEAU, « La riposte graduée ne passe pas en Nouvelle-Zélande », *Écrans*, 23 février 2009, <<http://www.ecrans.fr/La-riposte-graduee-ne-passe-pas-en,6286.html>> ; Astrid GIRARDEAU, « La riposte graduée ne passera pas la Manche », *Écrans*, 23 février 2009, <<http://www.ecrans.fr/La-riposte-graduee-ne-passe-pas-en,6286.html>> ; Guillaume CHAMPEAU, « Riposte graduée : l'étrange tour du monde de Christine Albanel », *Numerama*, 18 mars 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12353-riposte-graduee-l-etrange-tour-du-monde-de-christine-albanel.html>> ; Samuel LAURENT, « Piratage : à l'étranger, la riposte graduée est contestée », *Le Figaro.fr*, 1<sup>er</sup> avril 2009, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2009/03/31/04002-20090331ARTFIG00410-piratage-a-l-etranger-la-riposte-graduee-est-contestee.php>> ; Zineb DRYEF, « Hadopi : Tour du monde des mesures antipiratage », *Rue 89*, 5 mai 2009, <<http://eco.rue89.com/2009/05/05/hadopi-tour-du-monde-des-mesures-antipiratage>> ; Marc REES, « Hadopi : La riposte graduée française, une riposte isolée », *PC INpact.*, 29 décembre 2009, <<http://www.pcinpact.com/news/54738-riposte-graduee-france-droit-compare.htm>> ; Virginie MALBOS, « Le filtrage d'Internet, une mesure contestée en Europe », *Le figaro.fr*, 21 juin 2011, <<http://www.lefigaro.fr/hightech/2011/06/21/01007-20110621ARTFIG00798-le-filtrage-d-internet-une-mesure-contestee-en-europe.php>> ; Sophie Baconnet et Antoine MAIRÉ, « Un tour de vis très Net (1) : la riposte graduée », *Telerama.fr*, 1<sup>er</sup> mars 2010, <<http://www.telerama.fr/techno/le-tour-de-vis-du-net-1-la-riposte-graduee,53110.php>> ; Sophie BACONNET et Antoine MAIRÉ, « Un tour de vis très Net (2) : le filtrage du Web », *Tellerama.fr*, 4 mars 2010, <<http://www.telerama.fr>>

Parmi les pays qui ont envisagé la riposte graduée, il y a :

- 1) ceux qui ont effectivement dit oui à la riposte graduée et l'ont appliquée (Irlande ; Italie ; Suède ; Corée du Sud ; Taïwan ; France) ;
- 2) ceux qui ont dit oui, à certaines conditions, mais qui ont fait machine arrière (Royaume-Uni ; Espagne ; Irlande ; Nouvelle-Zélande ; États-Unis) ;
- 3) ceux qui ont dit non à la riposte graduée (Norvège ; Allemagne ; Danemark ; Australie ; Canada) ;
- 4) ceux qui l'envisagent, mais qui restent en suspens (Turquie ; Belgique) ;
- 5) ceux qui ne se prononcent pas pour le moment (Pologne ; Suisse).

Quant aux pays tentés par les mesures de filtrage, il y a diverses situations :

- 1) là où le filtrage est obligatoire (Italie ; Corée du Sud ; Espagne ; Belgique ; France ; Australie) ;
- 2) là où le filtrage est volontaire (Canada ; République tchèque ; Chili ; Norvège ; Finlande ; Danemark) ;
- 3) là où le filtrage est prévu (Nouvelle-Zélande) ;
- 4) là où le filtrage est en attente (États-Unis ; Pays-Bas ; Allemagne) ;
- 5) les États qui y réfléchissent (Royaume-Uni) ;
- 6) les États qui en sont revenus (Allemagne ; Pays-Bas).

C'est à travers ces deux approches que se dessine la lutte contre le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées par la propriété intellectuelle sur Internet et qui oppose, dans un rapport antagonique, les disciples d'un Internet libre et du « tout gratuit »<sup>30</sup> aux partisans

---

techno/un-tour-de-vis-tres-net-2-le-filtrage-du-web,53294.php> ; Forum d'Avignon, *DÉBAT 2011 – Propriété intellectuelle – La riposte graduée en GB, USA et Nouvelle Zélande*, 8 septembre 2011, <<http://www.forum-avignon.org/fr/debat-2011-priete-intellectuelle-la-ripote-graduee-en-grande-bretagne-aux-etats-unis-et-en-nouve>>.

30. Voir Boris MANENTI, « L'économie du libre sur Internet », *Le Nouvel Observateur*, 7 août 2009, <<http://tempsreel.nouvelobs.com/vu-sur-le-web/20090721.OBS4974/l-economie-du-libre-sur-internet.html>> &xtcr=30 ; voir également Damien BANCAL, *Téléchargement gratuit et légal de musique, c'est possible*, 16 janvier 2011,

d'un Internet régulé que vient fleurir une littérature aux relents épiques et belliqueux comme l'attestent ces titres :

- Le téléchargement illégal ne craint pas la loi<sup>31</sup> ;
- Une loi contre la culture et contre Internet<sup>32</sup> ;
- Les artistes contre la criminalisation des pirates<sup>33</sup> ;
- Le fléau des législations anti-piratage<sup>34</sup> ;
- Pas si simple de stopper les pirates<sup>35</sup> ;
- Le piratage est un vol net et total<sup>36</sup> ;
- Le piratage devenu un modèle d'affaires pour YouTube et les studios de cinéma<sup>37</sup> ;
- La lutte anti-piratage elle-même piratée entre avocats<sup>38</sup> ;

---

<<http://web.archive.org/web/20120522050052/http://www.zataz.com/news/20958/borne--telechargement--musique--libre--gratuit--legal.html>>.

31. Dominique RODENBACH, « Le téléchargement illégal ne craint pas la loi », *Reflets*, 12 décembre 2009, <<http://reflets-mag.blogspot.com/2009/12/le-telechargement-illegal-ne-craint-pas.html>>.
32. André ROUILLÉ, « Culture et Internet : une loi contre la culture et contre Internet », *270 Paris Art*, 19 mars 2009, <[http://www.paris-art.com/art/a\\_editos/d\\_edito/numPage/2/-Culture-et-Internet-une-loi-contre-la-culture-et-contre-internet-273.html](http://www.paris-art.com/art/a_editos/d_edito/numPage/2/-Culture-et-Internet-une-loi-contre-la-culture-et-contre-internet-273.html)>.
33. Fabrice EPELBOIN, *Positions de la Feature Artist Coalition : Les artistes anglais contre la criminalisation des pirates*, 23 mars 2009, <<http://fr.readwriteweb.com/2009/03/23/a-la-une/les-artistes-anglais-contre-la-criminalisation-des-pirates/>>.
34. « Le co-créateur du Web s'inquiète du "fléau" des lois anti-piratage », *Le Monde*, 29 septembre 2010, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/09/29/le-co-createur-du-web-s-inquiete-du-fleau-des-lois-anti-piratage\\_1417479\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/09/29/le-co-createur-du-web-s-inquiete-du-fleau-des-lois-anti-piratage_1417479_651865.html)> ; voir également Matt WARMAN, *Internet disconnection "like being imprisoned", says Sir Tim Berners-Lee*, *The Telegraph*, September 28, 2010, <<http://www.telegraph.co.uk/technology/internet/8030467/Internet-disconnection-like-being-imprisoned-says-Sir-Tim-Berners-Lee.html>>.
35. Voir Valérie LESAGE, *Pas si simple de stopper les pirates de l'industrie du disque*, *Le Soleil*, 16 avril 2009.
36. Thom HOLWERDA, « Obama Administration: Piracy Is Theft », *OS News*, 31 août 2010, <[http://www.osnews.com/story/23750/Obama\\_Administration\\_Piracy\\_Is\\_Theft](http://www.osnews.com/story/23750/Obama_Administration_Piracy_Is_Theft)>.
37. Marie-Noëlle REYNTJENS, « Le piratage devenu un modèle d'affaires pour YouTube et les studios de cinéma », *Branchez-Vous*, 3 septembre 2010, <<http://web.archive.org/web/20100906183017/http://benefice-net.branchez-vous.com/actubn/2010/09/youtube-google-studio-cinema-revenu-publicite.html>>.
38. Julien LAUSSON, « La lutte anti-piratage elle-même piratée entre avocats », *Numerama*, 1<sup>er</sup> octobre 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/16956-la-lutte-anti-piratage-elle-meme-piratee-entre-avocats.html>>.

- La riposte graduée déjà *has been*<sup>39</sup> ;
- Blocage de sites Internet : un arsenal juridique complexe<sup>40</sup> ;
- Vers la fin du téléchargement illégal ?<sup>41</sup> ;
- Quel futur pour la propriété intellectuelle sur Internet ?<sup>42</sup> ;
- Légiférer en matière de propriété intellectuelle : un exercice impossible ?<sup>43</sup>

À travers cette lutte qui amène à juste titre son lot d'interrogations inquiètes, de réflexions douloureuses, de discussions âpres, d'affirmations passionnées de tous ceux qui s'y livrent, au plan individuel, corporatif ou institutionnel, nous avons oublié simplement, ou n'avons pas suffisamment pris garde au fait que depuis longtemps cette dispute risquait fort de ne recouvrir qu'un faux débat. Car, il convient de le dire, c'est la question de la légitimité du droit d'auteur et de son équilibre qui se soulève plus que jamais dans un environnement en demi-teinte où ce droit est soit appréhendé en terme de droit d'accès aux œuvres régulé par des sociétés privées, autrement dit un « droit de lire », soit compris comme un droit à la diffusion des œuvres, c'est-à-dire un « droit de partager ». C'est finalement, il faut bien en convenir, le problème du rapport au droit d'auteur et à la diffusion des œuvres qui se pose dans ces termes, modelé dans un écosystème que se partagent, d'un côté, les « natifs du numérique » (*Digital Natives*), qui perçoivent différemment l'accès aux œuvres disponibles sur Internet et la manière dont elles doivent être diffusées et qui, pour cela, utilisent quotidiennement YouTube, Deezer, Pandora, Spotify et autres réseaux, et, de l'autre côté, les plus âgés des « Digital Natives »

39. Astrid GIRARDEAU, « La riposte graduée, déjà has-been ? », *Écrans*, 3 mars 2009, <<http://www.ecrans.fr/La-riposte-graduee-deja-has-been,6507.html>>.

40. Nicolas RAULINE, « Blocage de sites Internet : un arsenal juridique complexe », *Les Échos*, 28 juin 2011, <<http://www.lesechos.fr/opinions/analyses/0201468746996-blocage-de-sites-internet-un-arsenal-juridique-complexe-186571.php>>.

41. Ludovic BERNARD, « Vers la fin du téléchargement illégal ? », *Le Huffington Post*, 5 février 2013, <[http://www.huffingtonpost.fr/ludovic-bernard/telechargement-mega\\_b\\_2615577.html](http://www.huffingtonpost.fr/ludovic-bernard/telechargement-mega_b_2615577.html)>.

42. « Quel futur pour la propriété intellectuelle sur Internet ? 2 tables rondes organisées par l'Initiative for a Competitive Online Market Place – ICOMP », *ITR News*, 31 août 2010, <<http://www.itrnews.com/articles/108900/futur-proprietee-intellectuelle-internet.html>>.

43. Emmanuel GILLET, « Légiférer en matière de propriété intellectuelle : un exercice impossible ? », *DomainesInfo*, 30 août 2011, <<http://web.archive.org/web/20130207230811/http://www.domainesinfo.fr/chronique/367/emmanuel-gillet-legiferer-en-matiere-de-proprietee-intellectuelle-un-exercice-impossible.php>>.

qui ont utilisé massivement les réseaux P2P pour reproduire, exploiter et consommer les biens culturels dématérialisés<sup>44</sup>.

Ce sont ces phénomènes qui permettent d'alimenter l'analyse des dispositifs juridiques déployés dans la lutte contre le téléchargement illégal et que le présent article tente de mettre en exergue. Pour une compréhension totale de ces phénomènes, il serait intéressant de mettre en lumière les expériences qui ont été conduites à ce titre dans chaque pays précédemment identifié. Ceci suppose un large éventail de cas qui ne sauraient être restitués dans le cadre d'un article de revue. C'est pour ces considérations de volume que nous nous restreignons donc afin de ne retenir finalement, et bien arbitrairement, les expériences qui nous paraissent les plus significatives et qui reflètent bien l'éventail des mesures législatives mises en œuvre pour juguler le phénomène du téléchargement illégal des contenus protégés par les droits de propriété intellectuelle sur Internet.

Pour ce faire, après analyse de tous les cas, nous avons retenu dans une perspective monographique et non comparée les cas suivants : France, Royaume-Uni, Allemagne, Belgique, Espagne, Australie et Nouvelle-Zélande. Le cheminement des réflexions juridiques opérées dans ces pays a conduit à la mise en place de mesures coercitives qui dessinent les contours de deux approches distinctes fondées sur l'identification du problème soulevé par le téléchargement non autorisé des contenus protégés sur Internet, l'une dans laquelle seul l'internaute est visé et qui porte sur un dispositif de riposte graduée et sur une politique éducative et, l'autre, qui vise plutôt à sanctionner celui qui incite l'internaute à adopter un comportement délictuel, tels les intermédiaires techniques de l'Internet. Les mesures répressives implantées portent ici sur le blocage des sites Internet. Dans la première approche, on peut distinguer les pays qui ont décidé d'emprunter cette voie (France, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande) et ceux qui sont en train de la prendre en considération en vue de l'intégrer éventuellement dans leur système juridique interne (Belgique, Allemagne). Dans la deuxième approche, le mécanisme de blocage de sites Internet est bien implanté en Espagne et dans une certaine mesure en Australie, tandis qu'il est en projet aux États-Unis, en Irlande, en Italie et en Norvège.

---

44. Voir HADOPI, *Perceptions et pratiques de consommation des « Digital Natives » en matière de biens culturels dématérialisés – Étude qualitative*, janvier 2013, p. 103, <<http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/rapport-d-etude-digital-natives-janvier-2013.pdf>>.

## 1. FRANCE

Dans sa version contemporaine, la filière culturelle en France est fortement touchée par le développement du piratage. Il en va également ainsi pour d'autres secteurs, tels que les éditeurs de logiciels ou de jeux vidéo, de même que les opérateurs Internet qui sont d'une manière ou d'une autre victimes du piratage. Il est donc nécessaire de trouver des solutions à ce phénomène qui est aujourd'hui imbriqué tant dans la vie sociale que dans la vie économique.

À cet égard, il y a, d'un côté, ceux qui veulent, avec le ministère de la Culture et de la Communication, surveiller étroitement le réseau et punir les contrevenants en envisageant d'aller graduellement jusqu'à la solution radicale de couper la connexion Internet. De l'autre côté, il y a ceux qui considèrent que le téléchargement libre fait partie de la culture qu'Internet a répandue avec la vitesse et la force d'une évidence contre laquelle lutter serait inefficace, contre-productif et à contre-courant de notre époque. Par conséquent, il est important de réfléchir à de nouvelles solutions et, notamment, à de nouveaux modèles économiques face à l'évolution inéluctable des usages et des modes de distribution plutôt que de mettre en place des mesures dont on sait déjà qu'elles seront peu efficaces<sup>45</sup>.

Manifestement, les positions ne se réduisent pas à ce strict affrontement. On doit également tenir compte de ceux qui craignent que ne soit escamoté le débat de fond (1) sur la possibilité, le périmètre et la forme d'un espace de partage et d'échange à inventer pour la culture qui ne soit pas plus anachronique que le modèle du « tout-profit » sur lequel est fondée la culture, et qui a été un moment malmené par la crise internationale, où peu de personnes faisaient des bénéfices tandis que dans l'économie numérique certains en faisaient énormément ; (2) sur les risques qu'une surveillance tatillonne d'Internet, prévue par la loi, fait peser sur les libertés ; (3) sur les droits d'auteur conçus à l'époque du papier, mais largement inadaptés à l'ère des réseaux et des technologies numériques ; (4) sur l'économie et le financement de la culture ; ou encore (5) sur la capacité des industries culturelles à s'adapter aux enjeux d'aujourd'hui. Pour ces derniers, se soulève évidemment la question de savoir si l'État est dans son

---

45. Voir Astrid GIRARDEAU, « Coupure de l'accès Internet : l'ACSEL demande au Parlement, un moratoire sur riposte graduée », *Écrans*, 10 mars 2009, <<http://www.ecrans.fr/Coupure-de-l-acces-Internet-1,6597.html>> ; lire également Anne Confolant, « L'association de l'économie numérique souhaite ainsi réfléchir à un mécanisme plus adapté et plus efficace pour lutter contre le piratage », *IT espresso*, 12 mars 2009, <<http://www.itespresso.fr/riposte-graduee-lacsel-demande-un-moratoire-24580.html>>.



rôle quand, sous prétexte de protéger la création et les artistes – pour l’occasion « nécessairement petits » – il vole au secours des « majors » de la musique en les aidant à colmater les brèches creusées par leur sous-estimation des bouleversements technologiques des dernières années. Pour eux aussi, la question est de savoir comment concilier l’émergence d’une nouvelle économie de la culture qui profite vraiment aux créateurs, tout en garantissant aux internautes la possibilité de télécharger ou d’écouter librement de la musique sur Internet<sup>46</sup>.

Ces préoccupations, on le voit, étaient au centre des débats en France lors du projet de loi « Création et Internet » qui prévoyait l’instauration du principe de la riposte graduée. Il créait une autorité administrative – la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, dite HADOPI – qui, sur saisine des créateurs dont les œuvres avaient été piratées, était habilitée à suspendre l’accès Internet des individus identifiés par leur adresse IP. Le projet de loi prévoyait que cette suspension n’intervenait qu’après que le fournisseur de services Internet (FSI) ait adressé un courriel d’avertissement, puis une lettre recommandée à son abonné.

Ce projet était instauré dans une optique préventive et pédagogique, l’ambition étant de faire réfléchir et d’amener l’internaute à changer de comportement face au piratage. Il créait en outre une solution alternative aux condamnations pénales inadaptées.

Ce texte, à la finalité louable, faisait cependant l’objet de vives polémiques. Ses opposants jugeaient notamment la mesure de suspension de l’accès à Internet « disproportionnée » et ils ajoutaient qu’une telle sanction, instaurée par une autorité administrative (HADOPI), causait problème en matière de procès équitable. Ils arguaient que ce texte était en contradiction avec de nombreux prescrits légaux :

- Il empêchait l’accès à Internet, un service pourtant universel (Directive « service universel »)<sup>47</sup>, voire même une liberté

---

46. Voir Sénat français, *Rapport d’information n° 478 (2011-2012) fait au nom de la commission de la culture, de l’éducation et de la communication sur la conciliation entre liberté de l’Internet et rémunération des créateurs*, Marie-Christine BLANDIN, sénatrice, 20 mars 2012, p. 60, <<http://www.senat.fr/rap/r11-478/r11-4781.pdf>>.

47. *Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le Service universel et les Droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques* (directive « service universel »), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0022:FR:HTML>>.

fondamentale (Parlement européen – résolution du 10 avril 2008)<sup>48</sup>.

- Il en venait à imposer *in fine* une nouvelle obligation générale et active de surveillance du réseau aux FSI en violant leur nécessaire neutralité (Directive commerce électronique)<sup>49</sup>.

Enfin, ces opposants critiquaient la philosophie même de ce projet en ce qu'il s'en prenait non pas au pirate mais à l'abonné qui n'aura pas su empêcher que l'adresse IP attachée à sa ligne figure sur les réseaux P2P.

Ces critiques, bien qu'il convienne de les aborder prudemment et avec une certaine relativité, permettent toutefois de comprendre pourquoi le parcours législatif de ce projet de loi a été si houleux.

### 1.1 La genèse du projet de loi HADOPI

En 2003, la France s'est engagée dans un processus de révision de son *Code de la propriété intellectuelle*. Cela en partie pour donner suite à la directive européenne 2001/29/CE<sup>50</sup> qui impose aux États membres d'intégrer dans leur législation nationale des mesures d'harmonisation relatives à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, des mesures techniques de protection et d'information, ainsi que de répondre à des problématiques plus récentes, telles que celles ayant trait à la prévention du téléchargement illicite ou la promotion de l'interopérabilité. Cette directive transposait dans le droit communautaire les deux traités Internet de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

48. Voir Guillaume CHAMPEAU, « L'Europe fait exploser la riposte graduée de Denis Olivennes! », *Numerama*, 10 avril 2008, <<http://www.numerama.com/magazine/9264-l-europe-fait-exploser-la-riposte-graduee-de-denis-olivennes.html>>.

49. *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/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Fr:HTML>>.

50. *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/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:FR:PDF>> ; Voir également la *Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au Respect des droits de propriété intellectuelle*, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:157:0045:0086:FR:PDF>>, transposée en droit français par la *Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000279082>>.

(OMPI)<sup>51</sup> adoptés par l'Union européenne et que la France n'a ratifié qu'un peu plus tard. Ces traités prévoient un certain nombre de mesures pour encadrer le développement d'Internet et pour préserver la diversité culturelle, l'avenir des créateurs et l'accès des consommateurs à la musique et au cinéma. La France a déjà été condamnée par la Cour de justice européenne (décision du 2 avril 2005) à verser de fortes amendes à cause de son retard à se conformer à cette directive.

Dans cette optique, la loi française relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, après de multiples reports, a été présentée au Conseil des ministres le 12 novembre 2003.

Entre temps, dans le cadre des travaux du Comité de lutte contre la piraterie sur Internet, une charte fut signée le 28 juillet 2004 après des négociations houleuses entre les ayants droit, les FSI et les membres du gouvernement. L'accord repose sur « trois volets indissociables et indispensables : la promotion de l'offre légale [de musique en ligne, NDLR], la pédagogie et la répression »<sup>52</sup>. Sur le premier point, les producteurs et les plateformes de distribution en ligne se sont engagés à ouvrir leur catalogue en faisant passer l'offre de musique en ligne de 300 000 à 600 000 titres d'ici à la fin de l'année 2004, à l'instar de *Apple* qui, avec son *iTunes Music Store*, se targuait de proposer un assortiment aussi important. Mais la réalité de l'étendue de cette offre est quasi-unanimement contestée par les acteurs du marché, et ce, d'autant plus que le ministre de la Culture de l'époque (Renaud Donnedieu de Vabres) veut « faire d'Internet le plus grand magasin de musique du monde ». Pour ce faire, des négociations se sont ouvertes entre producteurs, FSI et plateformes de téléchargement autour des efforts publicitaires, promotionnels et tarifaires sur la musique en ligne. Sur le volet pédagogique et éducatif des consommateurs, le ministre de la Culture promettait d'aller dans les écoles pour évoquer les conséquences dramatiques du piratage de musique en ligne. Mais c'est surtout des FSI que viendront les principales actions de sensibilisation. Ces derniers se sont alors engagés à organiser une campagne de communication auprès de leurs abonnés, à avertir leurs nouveaux clients « des dangers et de l'illégalité du piratage » et à « ne plus initier de campagnes publicitaires vantant le

---

51. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle-OMPI : *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA)* ou *WIPO Copyright Treaty (WCT)* et *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)* ou *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*.

52. Voir Philippe CROUZILLACQ, « Accord signé contre le piratage et pour la musique en ligne », *01Net*, 28 juillet 2004, <<http://www.01net.com/editorial/249235/accord-signe-contre-le-piratage-et-pour-la-musique-en-ligne>>.

téléchargement illégal »<sup>53</sup>. Malgré tout, des actions pénales et ciblées seront engagées et les pouvoirs publics entendaient « faire de la lutte contre la piraterie sur Internet une priorité de l'action politique, policière et judiciaire »<sup>54</sup>.

Au-delà de la charte précitée qui, selon les producteurs de disques (SNEP, SSCP, SPPF-UPFI), créait les conditions d'une coopération durable entre les professionnels de la musique et les FSI, quelques points d'achoppement subsistent, à commencer par la question du filtrage des contenus et l'amélioration de l'interopérabilité des systèmes de gestion des droits et des formats de compression des fichiers. Mais, c'est sur les retombées de cette charte, qui vient baliser le champ des débats sociaux sur le piratage, qu'après des mois d'un débat parlementaire parfois épique, la loi DADVSI est adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat le 30 juin 2006, avant d'être examinée par le Conseil constitutionnel qui en a supprimé certaines dispositions. Ainsi, le texte publié dans le *Journal officiel* le 3 août 2006, prévoit des amendes d'un montant de 300 000 euros, ainsi que trois ans de prison pour toute personne éditant un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés, et des peines pouvant aller jusqu'à six mois de prison et 30 000 euros d'amende pour toute personne diffusant ou facilitant la diffusion d'un logiciel permettant de casser les mesures techniques de protection (*Digital Rights Management-DRM*) qui, selon ses défenseurs visent à empêcher les « copies pirates ». Le projet de « licence globale », prévu en décembre 2005, n'avait pas été retenu (mais il reste au programme de plusieurs partis d'opposition), et le droit à la copie privée était limité par le dispositif des DRM. La loi est officiellement applicable en France, mais certaines dispositions devront être précisées par des décrets de mise en œuvre.

À cette loi, ont suivi sur le même sujet le Rapport Olivennes et le projet de loi HADOPI. En effet, le 5 septembre 2007, la nouvelle ministre de la Culture et de la Communication, Christine Albanel, succédant à Donnedieu de Vabres, confiait à Denis Olivennes, alors président-directeur général de la FNAC, une mission destinée à préparer un accord entre les professionnels de l'audiovisuel, de la musique et du cinéma et les FSI. Cette mission s'est traduite par la

---

53. *Ibid.*

54. Voir *Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique*, 28 juillet 2004, <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/charte280704.htm>> ; voir également : « Ce que cache la Charte FAI/Majors », *Numerama*, 28 juillet 2004, <<http://www.numerama.com/magazine/d/1/8057-ce-que-cache-la-chartre-faimajors.html>>.

remise d'un rapport et par la signature des *Accords de l'Élysée* le 23 novembre 2007 par 47 entreprises et organisations représentatives de la culture et de l'Internet<sup>55</sup>. Les conclusions de ce rapport stipulaient clairement que :

Les ayants droit de l'audiovisuel, du cinéma et de la musique, ainsi que les chaînes de télévision s'engagent [...] à s'organiser pour utiliser les dispositifs légaux existants et à collaborer de bonne foi avec les plates-formes d'hébergement et de partage des contenus pour évaluer, choisir et promouvoir des technologies de marquage et de reconnaissance des contenus (*fingerprinting* ou *watermarking*) communes aux professions concernées, ainsi que pour mettre à disposition les sources permettant l'établissement des catalogues d'empreintes de référence aussi larges que possible.<sup>56</sup>

Ces accords traduisent pour la première fois un consensus entre les créateurs, les industries culturelles et les FSI en vue de créer un cadre juridique favorable au développement de l'offre légale d'œuvres sur les réseaux numériques. C'est pourquoi son premier volet vise à « améliorer et diversifier l'offre légale » de films et de musique sur Internet : d'abord, les professionnels du cinéma s'engagent à mettre les films à la disposition des internautes plus rapidement dès la mise en place du dispositif anti-piratage ; puis, dans un second temps, la durée de l'ensemble des « fenêtres » de la chronologie des médias sera revue pour se rapprocher des durées moyennes en Europe (environ quatre mois dans le cas de la vidéo à la demande (VOD) ; ensuite, les maisons de disque s'engagent à retirer les DRM « bloquant » des productions musicales françaises<sup>57</sup>.

L'autre volet des *Accords de l'Élysée* concerne « la prévention et la répression de la piraterie numérique ». Il nécessite alors l'adoption d'une loi pour garantir l'équilibre des droits de chacun : le droit de propriété et le droit moral des créateurs, d'une part, et la protection de la vie privée, ainsi que la liberté de communication des internautes, d'autre part. C'est l'objet du projet de loi « Création et Internet sur la protection des droits sur Internet » (Loi HADOPI), présenté le 18 juin 2008 au Conseil des ministres et voté en première lecture au

55. Le texte des « Accords de l'Élysée », <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/accordselysee.pdf>>.

56. *Rapport de Denis Olivennes sur le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, <<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportolivennes231107.pdf>>.

57. Fiche explicative des *Accords de l'Élysée*, <[http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/Internet-creation08/Accords\\_Fiche%20explicative.pdf](http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/Internet-creation08/Accords_Fiche%20explicative.pdf)>.

Sénat le 30 octobre 2008. Le texte s'appuie en grande partie sur les *Accords de l'Élysée*.

## **1.2 Le projet de loi HADOPI**

### **1.2.1 HADOPI 1 et le Conseil constitutionnel**

Le 12 mai 2009, l'Assemblée nationale adopte le projet de loi « Création et Internet » (Loi HADOPI) que le Conseil constitutionnel censure partiellement le 10 juin. C'est donc la partie validée de la Loi HADOPI, surnommée HADOPI 1, que le gouvernement va publier le 12 juin 2009<sup>58</sup>. Le texte porte notamment sur la création d'une nouvelle Haute autorité pour la diffusion des œuvres et sur la protection des droits sur Internet (HADOPI), chargée de veiller à la prévention et, éventuellement, à la sanction du piratage des œuvres. En outre, il impose de nouvelles obligations aux FSI et il tend à améliorer la procédure judiciaire pour violation des droits d'auteur. Plusieurs dispositifs d'encouragement au développement de l'offre légale de contenus culturels figurent dans le texte, telles que la mise à la disposition plus rapide des films en DVD et en VOD, la création d'un statut innovant pour les éditeurs de services en ligne, ou encore l'application d'un régime incitatif pour le droit d'auteur des journalistes.

La loi prévoyait que la HADOPI soit dotée d'un pouvoir d'avertissement des auteurs de téléchargements illégaux, ainsi que, à la suite de ces avertissements, d'un pouvoir de sanction : couper l'accès à Internet. Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel a alors jugé cette dernière disposition inconstitutionnelle (Décision n° 2009-580 DC du 12 juin 2009), estimant inapproprié qu'une autorité administrative soit dotée de ce pouvoir. Selon le Conseil, la coupure d'abonnement à Internet est considérée comme attentatoire au droit fondamental de communication et, par le fait même, elle ne peut incomber qu'au juge.

Prenant acte de la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2009, le gouvernement avait affirmé son intention de « présenter un texte très court pour articuler la fonction pédagogique de l'HADOPI avec l'intervention du juge, pour donner à celui-ci les moyens d'agir et pour donner aussi la possibilité de procédures accélérées ». C'est le but poursuivi par le projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet<sup>59</sup>.

58. *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (1)*, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&dateTexte=&categorieLien=id>>.

59. *Projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*, <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0332.asp>>.

Ce nouveau projet de loi surnommé HADOPI 2, présenté le 24 juin 2009 au Conseil des ministres, « réaffirme la volonté du Gouvernement de prévenir le pillage des œuvres sur Internet et prévoit un dispositif judiciaire adapté pour sanctionner les auteurs de téléchargements illicites ». Ce texte, consacré au volet répressif de HADOPI 1, poursuit deux orientations principales. D'une part, il soumet le jugement des délits de contrefaçon commis sur Internet à des règles de procédure pénale particulières. D'autre part, il institue deux peines complémentaires, délictuelle et contraventionnelle, de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne.

### **1.2.2 HADOPI 2 et le Conseil constitutionnel**

C'est donc ce texte, constitué de cinq articles destinés à compléter HADOPI 1, que le Sénat a adopté le 8 juillet 2009 et que les députés de l'Assemblée nationale ont voté le 22 septembre 2009, après que la quasi-totalité des amendements déposés sur l'ensemble du projet de loi au cours des dernières séances du mois de juillet ait été rejetée.

Comme pour HADOPI 1, plus de 60 députés socialistes ont saisi, le 28 septembre 2009, le Conseil constitutionnel à l'encontre de la *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet* dite Loi Hadopi 2<sup>60</sup>. Dans la saisine, ces députés estiment que HADOPI 2 « encourt les mêmes critiques » que HADOPI 1. Ils « estiment nécessaire que soit soulevée la question de la constitutionnalité de l'ensemble de la loi ». Selon la saisine, « cette intervention judiciaire (par la procédure d'ordonnance pénale) ne constitue qu'un habillage commode pour contourner la décision » du Conseil et elle ne respecte pas les droits de la défense et la présomption d'innocence.

Le recours formé devant le Conseil portait sur les articles 1, 6, 7, 8 et 11. Le Conseil constitutionnel a examiné le recours et il a rendu sa décision le 22 octobre 2009<sup>61</sup>. Estimant que la Loi HADOPI 2 était conforme aux principes constitutionnels, le Conseil a rejeté l'ensemble des griefs à l'exception de celui dirigé contre l'article 6. II

---

60. Le texte du recours du Parti socialiste contre la loi Hadopi 2, <<http://www.lesechos.fr/info/comm/300378614-le-texte-du-recours-du-parti-socialiste-contre-la-loi-hadopi-2.htm>>.

61. Conseil constitutionnel, *Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009 – Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-590-dc/decision-n-2009-590-dc-du-22-octobre-2009.45986.html>>.

concernait la disposition relative au prononcé de dommages et intérêts civils par le juge de l'ordonnance pénale :

- Concernant l'article 1, portant sur la HADOPI et les pouvoirs de ses membres et de ses agents, les requérants soutenaient que les termes de l'article étaient obscurs et ambigus et ils demandaient au Conseil de les interpréter. Le Conseil a écarté ce grief « au regard des termes clairs de la loi, qu'il incombera aux autorités judiciaires d'appliquer ».
- L'article 6 institue une procédure pénale spécifique applicable aux délits de contrefaçon commis par Internet (jugement à juge unique et procédure simplifiée de l'ordonnance pénale). Le Conseil a confirmé que cette procédure était conforme à la Constitution.
- L'article 7 instaure une peine complémentaire, délictuelle, de suspension de l'accès à Internet. Pour les membres du Conseil, « cette instauration ne méconnaît ni le principe de nécessité des peines ni le principe d'égalité devant la loi. Elle n'est notamment pas caractérisée par une disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. Son instauration relevait donc du pouvoir général d'appréciation du législateur ».
- L'article 8 instaure la même peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet en matière contraventionnelle : « Il reviendra au pouvoir réglementaire de définir les éléments constitutifs de cette infraction ».

En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de l'article 6.II de la loi permettant au juge de statuer par ordonnance pénale sur la demande de dommages et intérêts.

Sur ce point, il a jugé que « rien ne s'opposait à cette orientation, mais qu'il incombait alors au législateur de fixer dans la loi les règles applicables et non de les renvoyer au décret », conformément à l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles de procédure pénale. À cet égard, le Conseil estime que le législateur a méconnu sa compétence, ne fixant pas lui-même les précisions nécessaires à l'application de la loi », ce qui justifie la censure du deuxième alinéa de l'article 495-6-1 du *Code de procédure pénale*, « pour incompétence négative ».

Aussitôt la décision rendue, le ministère de la Culture a annoncé sa satisfaction en indiquant que la réforme permettra « de mettre en œuvre une procédure pénale simple et rapide [...]. Il en est de même pour la création d'une peine complémentaire de suspension



de l'accès à Internet, tant en matière délictuelle (à l'égard des auteurs de téléchargements illégaux) que contraventionnelle (à l'égard des abonnés coupables de négligence caractérisée dans la surveillance de leur accès à Internet) », a souligné le nouveau ministre de la Culture, Frédéric Mitterrand, dans un communiqué<sup>62</sup>.

Le ministre a également assuré que la mise en place de la partie validée de la *Loi Création et Internet* – HADOPI 1, exclusivement chargée du volet préventif de la lutte contre le piratage, et qui ambitionne d'adapter le droit d'auteur à l'ère numérique en détaillant les étapes de sanctions graduées contre les « pirates » partis à l'abordage de musique et d'images, devrait avoir lieu selon le calendrier prévu : nomination des membres dans le courant du mois de novembre 2009 et envoi des premiers courriels d'avertissement aux abonnés dès le début de l'année 2010. Enfin, le Parlement sera de nouveau saisi de la question des conditions dans lesquelles le juge pourra statuer par ordonnance pénale sur les demandes de dommages et intérêts présentées par les victimes du piratage.

### **1.3 La mission Création et Internet**

Estimant que, faute d'offres légales pertinentes, le piratage serait seul en mesure de satisfaire le consommateur, le nouveau ministre de la Culture, après les remous de la *Loi Création et Internet*, s'est attelé à son tour à l'avenir des contenus sur Internet. Cette fois-ci, pas question de parler pédagogie ou répression à l'encontre des « pirates » du Web. Mais il s'agissait de compléter le dispositif pédagogique et les sanctions : « la lutte contre le piratage des œuvres organisée par ces textes constitue une condition nécessaire, mais non suffisante, pour faire d'Internet un vecteur privilégié de la diffusion de contenus culturels », conclut le ministre qui, pour ce faire, a créé le 3 septembre 2009 le volet 3 d'HADOPI : la mission Création et Internet sur l'offre légale de contenus culturels sur Internet et sur la rémunération des créateurs et le financement des industries culturelles. À travers la mission « Création et Internet », il vise à répondre à cette attente quant à la diffusion de contenus culturels.

L'objectif de la mission Création et Internet était de permettre aux consommateurs, aussi bien qu'aux acteurs de la création, de tirer tous les bénéfices du nouveau cadre juridique, en favorisant le

---

62. *Loi Hadopi : validation du Conseil constitutionnel*, communiqué de presse, ministère de la Culture et de la Communication, 22 octobre 2009, <<http://www.culture.gouv.fr/mcc/Actualites/A-la-une/Loi-Hadopi-validation-du-Conseil-constitutionnel>>.

développement d'offres légales plus attractives, plus riches et plus diversifiées, tout en garantissant la rémunération des créateurs et des investisseurs, ainsi que le partage équitable de la valeur créée par la diffusion sur la Toile des œuvres culturelles de toutes natures<sup>63</sup>. Cette mission, confiée à trois experts<sup>64</sup> nommés par le ministre de la Culture, se situait ainsi directement dans la lignée des *Accords de l'Élysée* qui ont eux-mêmes donné lieu à la *Loi Création et Internet* du 12 juin 2009 (Hadopi 1) et à la *Loi sur la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet* (Hadopi 2).

La mission Création et Internet se positionnait donc comme étant le parfait complément, visant à « mettre en place des mesures d'accompagnement pour faire comprendre que l'objectif du gouvernement est à la fois de servir les internautes, de protéger les droits d'auteur et d'apporter une régulation dans un marché actuellement totalement anarchique ». La mission avait jusqu'au 15 novembre 2009 pour indiquer comment enrichir les contenus et faciliter la circulation des œuvres, tout en garantissant la rémunération des créateurs.

Bien sûr, sur le premier aspect de la mission, beaucoup a déjà été fait depuis le milieu des années 2000 : la grande partie des catalogues musicaux est disponible sur la Toile ; les verrous numériques empêchant la copie des titres achetés légalement ont sauté ; les offres se sont multipliées, que ce soit au moyen d'un paiement à l'acte, des formules d'abonnement ou la gratuité financée par la publicité. Autant de formules qui n'ont pas permis à l'offre de musique en ligne de décoller<sup>65</sup>. Mais, c'est surtout sur le volet de la rémunération que les conclusions de la mission étaient les plus attendues afin de trouver des revenus destinés à compenser la chute des ventes de disques, dans l'attente de trouver un vrai modèle économique sur la Toile.

#### 1.4 Avec Hadopi, quel avenir pour les industries culturelles en France ?

Les rebondissements de l'examen du projet de loi « Création et Internet » ont été nombreux : rejet du texte par l'Assemblée natio-

63. Mission Création et Internet : Dossier de presse, <[http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/4059/32256/version/5/file/DP\\_Mission\\_Creation\\_et\\_internet.pdf](http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/4059/32256/version/5/file/DP_Mission_Creation_et_internet.pdf)>.

64. Il s'agit de Patrick Zelnik, président de Naïve (le label qui produit, entre autres, les disques de Carla Bruni-Sarkozy), de Jacques Toubon, ancien ministre de la Culture et un des prédécesseurs (1993-1995) de Frédéric Mitterrand, et Guillaume Cerutti, président de Sotheby's France.

65. « Frédéric Mitterrand lance une mission sur les contenus sur Internet », *Les Échos*, n° 20502 du 4 septembre 2009, p. 21.

nale, polémique avec le Parlement européen, censure partielle du texte par le Conseil constitutionnel. Au cœur de la polémique figure la « riposte graduée », c'est-à-dire la mise en place d'une échelle de mesures mêlant prévention et sanctions visant les pirates P2P au nom de la protection du droit d'auteur. Ce concept avait déjà donné lieu à de houleux débats parlementaires lors de l'examen du projet de loi DADVSI. Visiblement, la riposte graduée résiste dans le temps : filtrage Internet, coupure d'accès Internet pour les internautes les plus obtus, création d'une Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet – HADOPI<sup>66</sup>.

C'est là un échantillon des pistes qui ont été explorées par le gouvernement français avec plus ou moins de succès. Le débat a été passionné, une vraie bataille politique qui a épuisé une ministre de la Culture. En plus des pressions parlementaires, les réseaux de lobbying se sont activés : ayants droit, groupes industriels impliqués dans les divertissements numériques, associations de défense des consommateurs, internautes et même le président de la République, qui voulait aller « jusqu'au bout » de ce texte<sup>67</sup>.

Aujourd'hui, on peut dresser le bilan suivant : le Conseil constitutionnel a validé la quasi-totalité du texte. Les lois HADOPI ont enfin été promulguées. Le gouvernement a finalement obtenu ce qu'il voulait : une loi réprimant le partage d'œuvres sur Internet ! Mais la bataille sur le plan législatif n'est pas le cœur du sujet. Certes, une loi existe. Encore faut-il que ses dispositions permettent d'atteindre les objectifs auxquels la loi était censée répondre. En l'occurrence, les lois HADOPI permettent-elles d'éradiquer – ou tout du moins, d'endiguer – les échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet ? Les industries culturelles (disque et cinéma) gagneront-elles un centime de plus avec l'application de ces lois ? L'opinion est-elle convaincue de la nécessité des mesures instaurées par la loi ?

Pour y répondre, à l'instar de Marc-André Allard<sup>68</sup>, on peut hasarder un constat pour tenter de rendre compte de la richesse des enseignements.

66. Voir « Hadopi : avis de tempête sur la loi anti-piratage », *IT Expresso*, 26 février 2012, <<http://www.itespresso.fr/hadopi-avis-de-tempete-sur-la-loi-anti-piratage-25190.html>>.

67. Voir « Qui a gagné la bataille Hadopi ? », *La Quadrature du Net*, 24 octobre 2009, <<http://www.laquadrature.net/fr/qui-a-gagne-la-bataille-hadopi>>.

68. Marc-André ALLARD, « Les pratiques culturelles des Français à l'heure d'HADOPI », *Délits d'opinion*, 2 novembre 2009, <<http://www.delitsdopinion.com/2experts/les-pratiques-culturelles-des-francais-a-l%E2%80%99heure-d%E2%80%99hadopi-1890>>.

### 1.5 HADOPI résoudra-t-elle la question du téléchargement ?

Rien n'est moins sûr. Le fait semble d'ailleurs désormais admis chez la plupart des acteurs du secteur et même chez les promoteurs de la loi, que HADOPI semble être une « défaite juridique » sur la riposte graduée. Lourde, complexe dans sa mise en œuvre et déjà en grande partie dépassée techniquement, HADOPI ressort au mieux du domaine du symbolique<sup>69</sup>. Le ministre de la Culture n'a d'ailleurs cessé de parler d'un texte « nécessaire mais pas suffisant » et d'aborder la question de l'après, c'est-à-dire des nouveaux moyens de financer la musique sur Internet<sup>70</sup>.

*La Quadrature du Net* avait déjà souligné les nombreuses raisons de l'inefficacité technique chronique des lois HADOPI (faiblesse technique de la preuve électronique révélée par la collecte des adresses IP des pirates ; illusion de la sécurisation de l'accès ; existence de nombreux moyens d'échapper au dispositif)<sup>71</sup>, alors que diverses sociétés de perception de droit (SACEM, SACD) et organismes de défense professionnelle avaient constaté que la détection automatique d'échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet que la loi HADOPI leur avait confiée était d'ores et déjà jugée obsolète, les moyens d'y échapper étant de notoriété publique.

Mais, c'est surtout l'amputation du principe même de la réponse imaginée par la loi, qui condamne HADOPI à demeurer inopérante<sup>72</sup>. En effet, les échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet sont

- 
69. Voir Samuel LAURENT, « Après Hadopi, quel avenir pour l'industrie musicale ? », *Le Figaro*, 22 septembre 2009, <<http://www.lefigaro.fr/web/2009/09/22/01022-20090922ARTFIG00545-apres-hadopi-quel-avenir-pour-l-industrie-musicale-.php>>.
70. Voir Paule GONZALÈS, « Frédéric Mitterrand anticipe l'après-Hadopi », *Le Figaro*, 3 septembre 2009, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2009/09/04/04002-20090904ARTFIG00015-frederic-mitterrand-anticipe-l-apres-hadopi-.php>>.
71. Voir à ce sujet « HADOPI, « Riposte graduée » : Une réponse inefficace, inapplicable et dangereuse à un faux problème », *La Quadrature du Net*, 9 février 2009, p. 9 et s., <[http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee\\_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf](http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf)> ; voir également UFC-QUE CHOISIR, *La loi Création et Internet : une mauvaise solution à un faux problème*, 30 septembre 2010, <<http://www.quechoisir.org/document/loi-creation-et-internet.pdf>>.
72. Marc LEPLONGEON, « Téléchargement illégal : à quoi sert (vraiment) la Hadopi ? », *Le Point.fr*, 5 septembre 2012, <[http://www.lepoint.fr/high-tech-internet/tele-chargement-illegal-a-quoi-sert-vraiment-la-hadopi-05-09-2012-1502876\\_47.php](http://www.lepoint.fr/high-tech-internet/tele-chargement-illegal-a-quoi-sert-vraiment-la-hadopi-05-09-2012-1502876_47.php)> ; lire également Raphaël Gibour : « Comment les jeunes essaient de contourner Hadopi », *Le Figaro*, 5 septembre 2012, <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2012/09/05/01016-20120905ARTFIG00465-comment-les-jeunes-essaient-de-contourner-hadopi.php>>.

une pratique de masse. Manifestement, le front uni – composé de députés de tous les partis politiques confondus, de sénateurs, de créateurs, de producteurs, d'acteurs, d'utilisateurs et de leurs associations respectives, tous opposés à HADOPI et partisans d'une autre solution plus consensuelle que la base répressive sur laquelle elle repose – estimait que les conditions techniques du partage sont inscrites dans les fonctionnalités élémentaires des appareils et des réseaux numériques. Le téléchargement, le partage et l'échange sont indissociables de l'Internet et des pratiques culturelles qui se développent dans son sillage. Ce sont ces possibilités-là, historiquement inouïes, et culturellement prometteuses, que la *Loi Création et Internet* devrait promouvoir. Mais, elle veut plutôt les soumettre aux pesanteurs du *statu quo*. Selon ces opposants, dans la situation présente où tout va encore beaucoup changer avec la généralisation prochaine de l'Internet mobile, il est grave et inefficace de vouloir freiner la dynamique constitutive d'une époque. Au lieu de s'évertuer à interdire, à condamner, à réprimer, à bloquer, il serait préférable d'inventer les solutions qui permettraient à chacune des parties en présence de trouver sa juste place dans la situation nouvelle. L'acharnement contre le téléchargement est d'autant plus dérisoire que les évolutions techniques l'ont déjà dépassé, contourné et relégué au rang de transition entre les vieux CD, l'actuel *streaming* et d'autres procédés encore, pour accéder sur le réseau à la musique comme aux films<sup>73</sup>.

À l'évidence, pour contrer cette pratique de masse, la loi HADOPI proposait une réponse reposant sur des sanctions massives : la fameuse « riposte graduée ». Le stade ultime de cette riposte consistant en la suspension de la connexion Internet des internautes présumés coupables. Mais il n'a pas échappé au Conseil constitutionnel que ce qui était vu comme obstacles à l'application de sanctions massives ne constituait ni plus ni moins que le respect de droits et libertés fondamentaux : séparation des pouvoirs, droit à un procès équitable, droits de la défense, respect du contradictoire, présomption d'innocence et nécessaire arbitrage entre droit d'auteur et liberté d'expression et de communication. Ainsi, sa décision du 10 juin 2009 a porté un coup fatal à l'efficacité de la riposte graduée : les sanctions devant être prononcées par un juge, il n'est plus question qu'elles soient massives.

HADOPI 2 tente bien de limiter ces contraintes en réduisant l'intervention du juge à sa portion congrue : recours aux ordonnances

73. Voir Guillaume CHAMPEAU, « Hadopi : une victoire législative pour Sarkozy, une défaite pour la riposte graduée », *Numerama*, 27 octobre 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/14368-hadopi-une-victoire-legislative-pour-sarkozy-une-defaite-pour-la-riposte-graduee.html>>.

pénales et au juge unique, peine complémentaire de suspension de l'accès Internet et contravention pour « négligence caractérisée ». Mais ces artifices de procédure peuvent, devant l'absence de preuve des constats établis par la HADOPI, être récusés par le juge et, en dernier lieu, contestés par le prévenu qui peut demander à bénéficier d'un procès en bonne et due forme. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler tout au long de sa décision ce rôle central du juge. À ce titre, le juge doit décider « au cas par cas » de la suffisance ou non des éléments de preuves ; refuser le prononcé d'ordonnances pénales en cas d'incertitude ; prendre en compte toutes les circonstances empêchant éventuellement qu'une peine soit applicable ; décider d'appliquer ou non une peine complémentaire ; contrôler – pour ce qui est des juges du Conseil d'État qui auront à contrôler la légalité des décrets d'application – les éléments pouvant constituer une « négligence caractérisée ». De plus, HADOPI 2 elle-même souligne le pouvoir d'appréciation du juge dans le prononcé de la peine de suspension de l'accès Internet.

Ainsi, devant autant d'obstacles à franchir, l'application de sanctions massives devient illusoire et tout espoir d'efficacité de la riposte graduée s'en trouve neutralisé. À titre de preuve, si l'on en juge le bilan du 5 septembre 2012 de la HADOPI, soit deux ans après sa mise en place (le 1<sup>er</sup> octobre 2010)<sup>74</sup> : elle évoque trois millions d'adresses IP identifiées, l'envoi d'1,15 million de courriels (soit 4,7 % des abonnés à Internet) en guise de « recommandations » (premier avertissement) et de 100 000 lettres en recommandé (deuxième avertissement). La phase trois, qui prévoit une éventuelle transmission du dossier au Parquet, est alors enclenchée : 340 dossiers de « cas multi-récidivistes » en cours d'examen et 14 transmis au Parquet ; aucune décision de justice. Un budget de 12 millions d'euros pour la HADOPI en 2013 et 60 agents.

74. Benjamin FERRAN, « Le bilan contrasté de l'action de l'Hadopi », *Le Figaro*, 27 mars 2012, <<http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/03/27/01007-20120327ARTFIG00670-le-bilan-contrastee-de-l-action-de-l-hadopi.php>> ; voir également Christophe AUFFRAY, « Bilan chiffré de la Hadopi : plus d'un million d'emails d'avertissement envoyés », 3 juillet 2012, <<http://www.zdnet.fr/actualites/bilan-chiffre-de-la-hadopi-plus-d-un-milllion-d-emails-d-avertissement-envoyes-39773730.htm>>. Voir aussi Marc Rees, « Avant Lescure, Hadopi dresse son bilan de deux ans de réponse graduée », *PC Inpact*, 30 août 2012, <<http://www.pcinpact.com/news/73452-avant-lescure-hadopi-dresse-son-bilan-deux-ans-reponse-graduee.htm>> ; *La Hadopi au secours de la Hadopi*, 4 septembre 2012, <<http://www.pcinpact.com/news/73538-la-hadopi-au-secours-hadopi.htm>> ; Jamal HENNI, « L'Hadopi a transmis 14 dossiers à la justice », *BFM Business*, 5 septembre 2012, <<http://www.bfmtv.com/economie/lhadopi-a-transmis-14-dossiers-a-justice-331846.html>> ; *Pourquoi la Hadopi n'a transmis que 14 dossiers à la justice*, 6 septembre 2012, <[http://www.francetvinfo.fr/pourquoi-la-hadopi-n-a-transmis-que-14-dossiers-a-la-justice\\_137243.html](http://www.francetvinfo.fr/pourquoi-la-hadopi-n-a-transmis-que-14-dossiers-a-la-justice_137243.html)>.

De plus, en septembre 2012, la HADOPI a poursuivi en justice et elle a obtenu sa première amende contre un internaute pour avoir téléchargé deux chansons. Une amende symbolique de 150 euros avec sursis, soit moitié moins que l'amende réclamée par le Parquet et dix fois moindre que l'amende maximale encourue. C'est probablement le premier internaute français à comparaître devant un tribunal pour infraction à la loi HADOPI. En effet, le tribunal reproche au titulaire de la ligne ADSL de s'être abstenu de prendre des mesures pour « sécuriser sa ligne Internet » et son ordinateur, peu importe qu'il n'ait pas été l'auteur de l'infraction ni même le bénéficiaire<sup>75</sup>.

## 1.6 Développements récents

Face aux critiques du nouveau gouvernement socialiste issu des élections du 6 mai 2012, l'autorité de lutte contre le piratage sur Internet a tiré un bilan globalement positif de son action<sup>76</sup>, notamment en ce qui concerne sa fonction pédagogique. Aussi déclare-t-elle qu'entre le premier et le deuxième rappel à l'ordre, « 95 % des personnes averties ne font plus l'objet d'un constat de téléchargement illicite »<sup>77</sup>. De même, sa présidente affirme que « La réponse graduée a un impact significatif et, parallèlement, l'offre légale se développe »<sup>78</sup>. Elle estime

- 
75. Voir Pascal LAINÉ, « Belfortain poursuivi pour téléchargement illégal : 150 € d'amende », *Le pays.fr*, 13 septembre 2012, <<http://www.lepays.fr/faits-divers/2012/09/13/belfort-un-quadragnaire-poursuivi-pourtelechargement-illegal-hadopi-mp3-lepoux>> ; « Hadopi : une condamnation tellement exemplaire », *ITR News*, 16 septembre 2012, <<http://www.itrnews.com/articles/135309/hadopicondamnation-tellement-xemplaire.html>>. Pour un point de vue contrasté, lire Julien LAUSSON, « Sécuriser son réseau WiFi n'est pas obligatoire selon la justice américaine », *Numerama*, 13 septembre 2012, <<http://www.numerama.com/magazine/23714-securer-son-reseau-wifi-n-est-pas-obligatoire-selon-la-justice-americaine.html>>.
  76. HADOPI, *Point Presse : Deux ans de réponse graduée en chiffres*, 10 septembre 2012, p. 11, <[http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Point\\_presse.pdf](http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Point_presse.pdf)> ; lire également Alain BEUVE-MÉRY, « La Hadopi s'attribue une baisse du téléchargement illégal », *Le Monde*, 27 mars 2012, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/03/27/la-hadopi-s-attribue-une-baisse-du-telechargement-illegal\\_1676189\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/03/27/la-hadopi-s-attribue-une-baisse-du-telechargement-illegal_1676189_651865.html)>.
  77. Marc LEPLONGEON, « Téléchargement illégal : à quoi sert (vraiment) la Hadopi ? », *Le Point.fr*, 5 septembre 2012, <[http://www.lepoint.fr/high-tech-internet/telechargement-illegal-a-quoi-sert-vraiment-la-hadopi-05-09-2012-1502876\\_47.php](http://www.lepoint.fr/high-tech-internet/telechargement-illegal-a-quoi-sert-vraiment-la-hadopi-05-09-2012-1502876_47.php)>. Voir aussi Xavier Berne, « Hadopi : Pour Lescure, le mécanisme répressif est « incontournable », *PC INpact*, 3 août 2012, <<http://www.pcinpact.com/news/72894-hadopi-pour-lescore-mecanisme-repressif-est-incontournable.htm>> et la tribune de Joëlle FARCHY et de Cécile MÉADEL, « Se débarrasser de la Hadopi serait inutile. Les problèmes n'en seraient pas résolus », *Le Monde*, 24 juillet 2012, p. 16, <[http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/07/24/se-debarrasser-de-la-hadopi-serait-inutile\\_1737658\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/07/24/se-debarrasser-de-la-hadopi-serait-inutile_1737658_3232.html)>.
  78. Marie-Françoise MARAIS, « Hadopi : Oui, la réponse graduée a un impact ! », *Le figaro.fr*, 27 mars 2012, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2012/03/27/20004>>.

plutôt que l'HADOPI est mal comprise par les internautes<sup>79</sup>. Par ailleurs, Le Conseil d'État a rejeté le 19 octobre 2011 (Req. n° 339154<sup>80</sup>, n° 339729<sup>81</sup> et n° 342405<sup>82</sup>) trois recours introduits respectivement par *Apple*, *iTunes* et *French Data Network* contre les décrets d'application des deux lois HADOPI. Il conforte la compétence et les pouvoirs de cette autorité de protection du droit d'auteur et des droits voisins sur les œuvres musicales, en estimant que « l'équilibre trouvé entre les droits des créateurs et ceux des internautes est conforme aux standards internationaux de protection des libertés fondamentales ».

Cependant, un sondage réalisé en fin octobre 2010 sur les opinions des Français et des internautes à l'égard de la nouvelle initiative gouvernementale contre le téléchargement illégal, à savoir la *Loi Création et Internet*, la HADOPI, semblait confirmer que les effets réels de cette loi étaient très limités dans la mesure où elle ne dissuadait pas les Français de télécharger. L'étude indiquait que 47 % des Français et 54 % des internautes jugeaient la loi HADOPI inutile ; seuls 13 % des Français avaient modifié leurs habitudes de téléchargement. Parmi ces 13 %, seuls 4 % affirmaient avoir complètement arrêté de télécharger illégalement, les 9 % restant étant simplement devenus plus vigilants afin de ne pas être repérés<sup>83</sup>.

L'arrivée au pouvoir du gouvernement socialiste a, dans un premier temps, quelque peu sonné le glas de la loi HADOPI. On se souvient des âpres discussions parlementaires autour de la loi

20120327ARTFIG00534-hadopi-oui-la-reponse-graduee-a-un-impact.php> ; lire également Jamal HENNI, « L'Hadopi a transmis 14 dossiers à la justice », *BFM Business*, 05 septembre 2012, <<http://www.bfmtv.com/economie/lhadopi-a-transmis-14-dossiers-a-justice-331846.html>>.

79. « L'Hadopi est mal comprise par les internautes », *Le Figaro.fr*, 10 juillet 2012, <<http://www.lefigaro.fr/hightech/2012/07/10/01007-20120710ARTFIG00280-la-hadopi-est-mal-comprise-par-les-internautes.php>>.
80. CE, 19 octobre 2011, *Société Apple inc c. Société iTunes sarl*, n° 339154, <<http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-soci.html>>.
81. CE, 19 octobre 2011, *French Data Network*, n° 339279, <<http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-french-data-network-n-kq6.html>>.
82. CE, 19 octobre 2011, *French Data Network*, n° 342405, <<http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-french-data-network-n.html>>.
83. Enquête LH2 réalisée en partenariat avec ZDNet.fr : *Les opinions des Français et des internautes vis-à-vis de la loi Création et Internet*, 5 novembre 2010, p. 10, <[http://www.lh2.fr/\\_upload/ressources/sondages/consommation/lh2zdnet-francaisinternautesloicreationinternet051110.pdf](http://www.lh2.fr/_upload/ressources/sondages/consommation/lh2zdnet-francaisinternautesloicreationinternet051110.pdf)> ; lire également Christophe AUFFRAY, « Hadopi : les internautes informés n'ont pas peur du gendarme », 9 juillet 2012, <<http://www.zdnet.fr/actualites/hadopi-les-internautes-informes-n-ont-pas-peur-du-gendarme-39773956.htm>>.



DADVSI et de la *Loi Création et Internet* où le groupe socialiste s'était plutôt illustré sur le sujet jusqu'à faire voter, très provisoirement, un amendement créant la licence globale.

Déjà fin 2011, le député socialiste Patrick Bloche avait déclaré : « si nous en sommes aujourd'hui à évoquer la création d'un centre national de la musique, c'est simplement que le dispositif répressif dit « HADOPI » a totalement échoué dans ses objectifs. Il y a deux ans, on nous avait vendu HADOPI comme étant la solution miracle qui allait tout résoudre en modifiant les usages de nos concitoyens dans leur accès aux contenus culturels à l'ère numérique ». Selon Bloche, « parce que la HADOPI n'a pas produit les effets escomptés, nous voilà en train de débattre de la création d'un Centre national de la musique ! C'est aborder sous une forme institutionnelle – ce qui est regrettable – une vraie question, et la seule qui vaille : comment financer la création, rémunérer le droit d'auteur et les droits voisins, à l'ère numérique ? »<sup>84</sup>.

Mais le Premier ministre a très vite confirmé au Parlement qu'une loi serait bien votée, conformément aux engagements présidentiels et qu'une mission avait été lancée le 18 juillet 2012, soit la mission de concertation sur les contenus numériques et la politique culturelle à l'ère du numérique, appelée également « l'Acte II de l'exception culturelle »<sup>85</sup>. La mission avait pour objectif de dresser un panorama et de mener une réflexion approfondie sur les enjeux des industries culturelles à l'ère du numérique, ce qui passe notamment par l'adaptation des outils classiques de politique culturelle aux nouvelles réalités.

La lettre de mission précise que ce chantier « mêlera l'ensemble des acteurs sous l'œil attentif de l'État qui validera ou non les propositions, dans l'idéal sous six-huit mois », qu'il « débouchera sur un nouveau cadre juridique au cours du semestre 2013 » et sans doute un vote au Parlement avant 2014. Cette mission a été confiée à Pierre Lescure, directeur du théâtre Marigny et ancien dirigeant de Canal+. De fait, la mission Lescure dépasse largement le cadre de la simple HADOPI ; elle englobe bien le problème du droit d'auteur,

84. Cité par Marc REES, « Aurélie Filippetti enterre le Centre National de la Musique, jugé inutile », *PC INpact*, 10 septembre 2012, <<http://www.pcinpact.com/news/73695-aurelie-filippetti-enterre-centre-national-musique-juge-inutile.htm>>.

85. Ministère de la Culture et de la Communication, *L'acte II de l'exception culturelle*, 19 juillet 2012, <<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/A-la-une/L-acte-II-de-l-exception-culturelle>> ; voir également le communiqué du Conseil des ministres du 18 juillet 2012, <<http://www.gouvernement.fr/gouvernement/le-lancement-de-la-concertation-sur-l-acte-ii-de-l-exception-culturelle>>.

la problématique du développement de l'offre légale, les questions du financement de la création et le respect de l'exception culturelle.

Pour la nouvelle ministre socialiste de la Culture, Aurélie Filippetti, « Il s'agit de tirer un véritable bilan de l'évolution des pratiques en matière d'utilisation des contenus culturels numériques, et de dégager une prospective sur les besoins légaux pour qu'Internet devienne l'une des plus grandes sources de financement de la culture ». L'ensemble des acteurs de la filière seront consultés, incluant les associations de consommateurs, avec pour objectif ambitieux de « faire émerger de nouvelles ressources, de nouveaux modes de financement de la création et d'y associer ceux qui tirent profit du développement de la circulation des œuvres dans les réseaux », et de préciser : « Dans un contexte budgétaire serré, il faut avoir un souci d'efficacité, de réconciliation entre les artistes et les publics, et trouver des solutions qui soient réelles et qui permettent vraiment de financer la création et non plus se payer de mots »<sup>86</sup>.

Dans le cadre de cette mission, Pierre Lescure devra donc faire des propositions<sup>87</sup> permettant de :

- favoriser le développement de l'offre légale des œuvres et des pratiques culturelles numériques et assurer l'accès à tous à celles-ci ;
- soutenir la création et la diversité et valoriser leurs retombées économiques ;
- lutter contre la contrefaçon commerciale.

Un site Internet<sup>88</sup> rend compte des travaux de la mission ; il comprend les comptes rendus des auditions et des retranscriptions audio et des vidéos. De même, un blogue interactif<sup>89</sup>, accessible à tous, permet de recueillir les commentaires, avis et suggestions relatifs à tous les thèmes qui ont été abordés. Cette mission a dressé son premier rapport d'étape<sup>90</sup> le 6 décembre 2012, et elle a présenté le 13 mai 2013 son très attendu rapport sur « L'acte II de l'exception culturelle ».

86. Jean PELLETIER, « Hadopi, la mission Lescure et le gouvernement », *Agora Vox*, 4 septembre 2012, <<http://www.agoravox.fr/actualites/medias/article/hadopi-la-mission-lescure-et-le-122103>>.

87. Lettre de mission de Pierre Lescure, <<http://www.culture-acte2.fr/wp-content/uploads/2012/10/lettre-de-mission-Pierre-Lescure.pdf>>.

88. <<http://www.culture-acte2.fr>>.

89. <[http://culture-acte2-participer.fr/?utm\\_source=actualite-collectivites-territoriales&utm\\_medium=article&utm\\_campaign=crosslink-externe](http://culture-acte2-participer.fr/?utm_source=actualite-collectivites-territoriales&utm_medium=article&utm_campaign=crosslink-externe)>.

90. Bilan d'étape – Mission culture-acte 2, jeudi 6 décembre 2012, <[http://www.dgmic.culture.gouv.fr/IMG/pdf/DP\\_bilan\\_etape\\_culture\\_acte\\_2.pdf](http://www.dgmic.culture.gouv.fr/IMG/pdf/DP_bilan_etape_culture_acte_2.pdf)>.

## **1.7 Le rapport Lescure et ses suites**

Le rapport Lescure<sup>91</sup> propose des pistes d'évolution des outils de politique culturelle ayant pour objectif de mieux garantir la rémunération des créateurs au titre de l'exploitation numérique de leurs œuvres et d'assurer un partage de la valeur équilibré entre les différents acteurs. À ce titre, il formule 80 propositions visant à adapter la réglementation des industries culturelles au numérique. Le rapport s'articule autour de trois grandes idées.

Tout d'abord, il assume que les possibilités offertes par les technologies numériques doivent être utilisées pour promouvoir l'accès des publics aux œuvres, en termes quantitatifs et qualitatifs. Pour ce faire, il faudrait dynamiser l'offre culturelle en améliorant la disponibilité numérique des œuvres, favoriser le développement d'un tissu de services culturels numériques innovants et porteurs de diversité culturelle et proposer au public une offre abordable, ergonomique et respectueuse de leurs droits.

Ensuite, le rapport souligne que l'exploitation numérique des œuvres culturelles doit permettre une juste rémunération des créateurs et un niveau adéquat de financement de la création. À cet égard, il convient de garantir la rémunération des créateurs en ce qui concerne l'exploitation numérique de leurs œuvres, renforcer la contribution des acteurs numériques au financement de la création et soutenir les nouvelles formes créatives et les nouveaux modes de financement.

Enfin, le rapport soutient que les droits de propriété intellectuelle doivent être adaptés dans leurs règles et dans leur mise en œuvre aux enjeux du numérique. Ainsi, il conviendrait de réorienter la lutte contre le piratage des contenus protégés sur Internet en direction de la contrefaçon lucrative et alléger le dispositif de réponse graduée, adapter les droits de propriété intellectuelle aux usages numériques et faciliter l'accès aux métadonnées.

Il convient de relever que la mission Lescure recommande de maintenir un dispositif de « réponse graduée allégée », débarrassée de son volet pénal et de son volet « le plus répressif ». En clair, il n'y aurait plus de coupure d'accès à Internet. Il y aurait seulement des sanctions administratives (avertissements et amendes). C'est dire qu'au lieu de s'exposer à une coupure de leur connexion à Internet au

---

91. Pierre LESCURE, *Mission « Acte II de l'exception culturelle » : Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, tome 1, mai 2013, p. 486, <<http://www.humanite.fr/sites/default/files/pdf/2013/141115067-rapport-lescore-498.pdf>>.

bout de trois avertissements, ce qui avait été critiqué par des associations de défense des libertés sur Internet, les pirates risqueront une amende qui passerait de 1 500 euros à 60 euros, ce qui correspond à un an d'abonnement au service de *streaming* musical Deezer, suggère Pierre Lescure qui estime que les vertus de la réponse graduée reposent dans sa logique pédagogique et dans la crainte qu'elle inspire : « Après un rappel au règlement, et un premier courriel, près de 90 % des internautes ont arrêté tout téléchargement illégal », souligne-t-il<sup>92</sup>. En amont, la lutte contre les sites de téléchargement illicites serait aussi accrue par une sensibilisation des hébergeurs et des plateformes publicitaires. Les auteurs du rapport proposent l'adoption d'un code de bonne conduite qui concernerait les hébergeurs, les FSI, les principaux moteurs de recherche, les réseaux sociaux, les opérateurs de carte bancaire et monnaie électronique et les publicitaires qui ne pourraient plus promouvoir les sites qui pratiquent la contrefaçon commerciale.

En définitive, afin de préparer la concertation à laquelle invite ce rapport, la ministre de la Culture et de la Communication, Aurélie Filippetti, a créé le 18 septembre dernier une mission<sup>93</sup> qui élaborera, pour la musique en ligne (*streaming*, interactif ou non, et téléchargement), un diagnostic objectif des positions en présence, des usages et des pratiques contractuelles.

## 2. ROYAUME-UNI

Au diapason de la plupart des gouvernements européens, le Royaume-Uni après avoir privilégié dans un premier temps le blocage des sites Internet permettant l'accès à des contenus non autorisés, tente d'instaurer une législation contre le téléchargement non autorisé des œuvres protégées par la propriété intellectuelle. Annoncée en 2009, la *Digital Economy Act*<sup>94</sup>, qui veut réguler les médias numériques, met en place un mécanisme à l'anglaise de

92. Alain BEUVE-MÉRY et Clarisse FABRE, « Rapport Lescure : taxer les smartphones pour sauver l'exception culturelle française », *Le Monde*, 13 mai 2013, <[http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/13/rapport-lescur-taxer-les-smartphones-pour-sauver-l-exception-culturelle-francaise\\_3176247\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/13/rapport-lescur-taxer-les-smartphones-pour-sauver-l-exception-culturelle-francaise_3176247_3234.html)>.

93. Voir le communiqué de presse du 18 septembre 2013 : « Aurélie Filippetti, ministre de la Culture et de la Communication, confie une mission à Christian Phéline, suite à la remise du rapport *Acte II de l'exception culturelle à l'ère du numérique* », <<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Espace-Presse/Communiqués-de-presse/Aurelie-Filippetti-ministre-de-la-Culture-et-de-la-Communication-confie-une-mission-a-Christian-Pheline-suite-a-la-remise-du-rapport-Acte-II-de-l-exception-culturelle-a-l-ere-du-numerique>>.

94. *Digital Economy Act 2010 (c. 24)*, 18 avril 2010, disponible à <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>>.

riposte graduée intégral. De nombreuses mesures techniques sont envisagées en cas de violation des droits d'auteur, dont la possibilité pour les ayants droit, sous le contrôle du régulateur des télécommunications – l'OFCOM – d'obliger les FSI à restreindre ou à couper l'accès à l'Internet des internautes se livrant à des échanges en ligne non autorisés d'œuvres protégées, et ce, malgré la réception d'une lettre d'avertissement. Tout comme en France, cette initiative a suscité une pléthore de critiques, la principale étant la persistance de nombreuses zones d'ombres. Mais, il convient de relever que la législation anglaise contenait déjà un corpus juridique assez étoffé en matière de lutte contre la contrefaçon<sup>95</sup>. Cependant, même si des moyens légaux existent déjà, le problème n'est pas résolu pour autant à cause de la difficulté pratique de mettre en œuvre ces dispositions ainsi qu'au niveau des preuves à rapporter ou des coûts consécutifs à chaque action<sup>96</sup>.

## 2.1 Le contexte du téléchargement illégal et du partage des œuvres protégées au Royaume-Uni

Selon une étude de la *British Phonographic Industry* (BPI), une association interprofessionnelle chargée de défendre les intérêts de l'industrie du disque britannique, plus de sept millions de Britanniques téléchargent illégalement des contenus protégés, et plus d'un jeune sur deux considère que le téléchargement et le partage des œuvres protégées sur Internet n'est pas aussi grave que le vol à l'étalage. La BPI estime que ces infractions représentent environ 230 millions d'euros de pertes à l'industrie du disque pour l'année 2009<sup>97</sup>.

L'approche éducative préconisée par le Royaume-Uni dans la lutte contre le piratage informatique, bien que nécessaire au vu de ces statistiques, n'aurait rencontré qu'un succès mitigé : après six mois, *British Telecom*, qui aurait envoyé chaque semaine environ

95. Voir *Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48)*, chapitres II et VI, disponible à <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>>.

96. Véronique DELFORGE, « La « Réponse Graduée » en Europe et à l'étranger : comment venir à bout de la contrefaçon en ligne », dans *Le téléchargement d'œuvres sur Internet. Perspectives en droits belge, français, européen et international* (Bruxelles, Larcier, 2012), cité par Sandrine HALLEMANS, *Étude relative à la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet*, op. cit., p. 23.

97. Austin MODINE, « Music Industry Cooks UK Government's Piracy Stats », *The Register*, 4 septembre 2009, <[http://www.theregister.co.uk/2009/09/04/sabip\\_7m\\_stat\\_sponsored\\_by\\_bpi/](http://www.theregister.co.uk/2009/09/04/sabip_7m_stat_sponsored_by_bpi/)> ; également, Sophie BOUDET-DALBIN, *La distribution des films par Internet : enjeux socioculturels, économiques et géopolitiques*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 12 décembre 2011, p. 149, <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/bd574a95-1a99-456c-a1d8-20aa8f7c0d6c>>.

1 000 lettres à ses abonnés, constaterait un taux de récidive bien supérieur à 20 %.

C'est donc sur les conclusions de cette recherche privée, commandée par une organisation favorable à une politique plus répressive envers les internautes accusés de télécharger illégalement du contenu protégé, que le Royaume-Uni souhaitait mettre en place une riposte graduée à la française, ce qui a suscité une vive polémique de la part de divers artistes et de nombreux internautes britanniques opposés à la mise en place d'une quelconque riposte graduée<sup>98</sup>.

Au même moment, à l'autre bout du spectre, des études réaffirmaient de manière constante que les internautes téléchargeurs achetaient aussi légalement de la musique. Il en est ainsi de celle réalisée par *Interpret*<sup>99</sup>, une société spécialisée dans l'étude de marchés très précis (divertissement, média et technologie), publiée en juillet 2009. Le sondage effectué par *Interpret*, contrairement aux sondages habituels, portait sur plus de 64 millions de personnes sondées au Royaume-Uni parmi lesquelles 24 millions (36 %) admettaient avoir récupéré des fichiers musicaux au cours des trois derniers mois ; une personne sur trois serait donc « pirate ». Ceci démontre que les téléchargeurs sont prêts à acheter en ligne. En effet, 9 % des internautes qui s'adonnent au piratage ont également acheté un album complet au cours de la même période, tandis que 16 % ont acheté des titres individuels, alors que 20 %, soit un pirate sur cinq, achetait également de la musique vendue sur des plates-formes légales, comme l'*iTunes Store*.

Également, en novembre 2009, un autre sondage mené par *Ipsos Mori* interrogeait un millier de citoyens britanniques âgés de 16 à 50 ans et disposant d'un accès à Internet<sup>100</sup>. Les résultats de l'étude sont très clairs : les internautes qui téléchargent illégalement de la musique, autrement dit les pirates, sont également ceux-là même qui dépensent le plus d'argent pour la musique vendue dans le

98. Au lieu de provenir d'une recherche menée par des universitaires, les chiffres avancés sont tirés d'une étude privée, dont la méthodologie est douteuse, réalisée par une filiale de Forrester Research (Jupiter Research) et commandée par le Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy pour le compte de la British Phonographic Industry (BPI) : voir Austin Modine, « Music Industry Cooks UK Government's Piracy Stats : "7 million" Brit pirates? Who says? », *The Register*, 4 septembre 2009, <[http://www.theregister.co.uk/2009/09/04/sabip\\_7m\\_stat\\_sponsored\\_by\\_bpi](http://www.theregister.co.uk/2009/09/04/sabip_7m_stat_sponsored_by_bpi)>.

99. Voir le portail d'*Interpret*, <<http://interpretllc.com/index.php>>.

100. Rachel SHIELDS, *Illegal Downloaders "Spend the Most on Music", Says Poll: Crackdown on Music Piracy Could Further Harm Ailing Industry*, 1<sup>er</sup> novembre 2009, <<http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/illegal-downloaders-spend-the-most-on-music-says-poll-1812776.html>>.

commerce, que ce soit en boutique ou sur les plates-formes légales de téléchargement. Ainsi, l'étude révèle qu'un pirate dépense en moyenne environ 85 euros (77 livres sterling) contre environ 49 euros (44 livres sterling) pour un internaute lambda, soit une différence de 36 euros (33 livres sterling). L'étude a également indiqué qu'une personne sur dix récupère régulièrement de la musique sur les réseaux Peer-to-Peer (P2P) ou par n'importe quelle autre méthode. Bien plus, ils utilisent ces technologies comme un mécanisme de découverte. Et si les pirates s'avéraient finalement être paradoxalement les principaux consommateurs de musique ?

Ainsi, à l'heure où plusieurs pays cherchent une réponse répressive à la question du téléchargement sur Internet, des observateurs s'accordent pour dire que ces chiffres devraient faire réfléchir davantage la RIAA, la BPI et l'IFPI et les amener à reconsidérer la façon dont ils traitent le problème du « piratage ». Après plus de dix ans de combat dans le vent, peut-être serait-il temps de changer de fusil d'épaule et d'envisager une autre approche, disent-ils. Et si ce n'est pas l'industrie culturelle qui fait cet effort, peut-être est-ce alors aux pouvoirs publics de prendre en compte cette tendance irréversible.

C'est dans ce contexte sans doute que, pour faire face à la crise, le Royaume-Uni, à l'instar des gouvernements des principaux pays européens, réfléchit actuellement aux mesures à prendre pour combattre efficacement le partage illégal de fichiers sur Internet. Pour ce faire, il a initié une approche différente de celle française.

## **2.2 La situation de la gestion des contenus numériques au Royaume-Uni**

Si l'approche britannique était au départ très différente de l'approche française, il semble bien que par la suite elle s'en soit beaucoup rapprochée.

### **2.2.1 La riposte graduée abandonnée**

Après avoir commencé par suivre l'exemple français en adoptant la riposte graduée en juin 2008, le Parlement britannique est revenu sur sa décision.

En effet, avant la France, le Royaume-Uni avait d'abord essayé la riposte graduée<sup>101</sup>. Les six plus gros fournisseurs britanniques d'ac-

---

101. Camille GÉVAUDAN, « Avant la France, le Royaume-Uni essaie la riposte graduée », *Écrans*, 26 juillet 2008, <<http://www.ecrans.fr/Les-FAI-anglais-envoient-leurs,4721.html>>.

cès à l'Internet (FSI), à savoir *British Telecom, Virgin, Orange, Tiscali, BSkyB* et *Carphone Warehouse* (représentant 90 % des connexions nationales), avaient accepté en juillet 2008 de tester le système de riposte graduée sous la pression du gouvernement<sup>102</sup>, qui les avait menacés en avril de la même année de les y forcer par la loi s'ils ne l'adoptaient pas d'eux-mêmes avant le printemps 2009, et aussi sous la pression des lobbies musicaux et cinématographiques, qui leur prêtent une responsabilité dans le développement du téléchargement illégal par leurs offres haut débit<sup>103</sup>.

Manifestement, les FSI et les « majors » n'étaient pas vraiment d'accord sur la façon de traiter les millions d'internautes britanniques utilisateurs de logiciels P2P, responsables, selon ces derniers, de leur faire perdre de l'argent. Si les maisons de disque voulaient une riposte graduée pure et dure, les FSI *a contrario* pensaient qu'une mise en avant d'offres légales et qu'une plus grande sensibilisation auprès du grand public devaient résoudre ce problème épineux. *British Telecom*, le principal FSI, a d'ailleurs déclaré qu'il espérait réellement qu'il soit possible de trouver une solution à l'amiable, sans aller jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi.

À l'évidence, les principaux FSI du Royaume-Uni ont donc reconnu qu'ils avaient un rôle à jouer dans le contrôle des partages illégaux sur leurs réseaux. C'est pourquoi, ils ont signé en juillet 2008 un accord (*Memorandum of Understanding*)<sup>104</sup> avec l'industrie de la musique en vertu duquel ils s'engagent à collaborer à la lutte contre le piratage. Cet accord prévoyait que les FSI étaient responsables d'envoyer des avis de conformité aux internautes qui accomplissaient des actes illicites au regard de contenus protégés par la propriété intellectuelle. Sous cet aspect, la solution britannique présente certaines similitudes avec le projet français « Création et Internet » ou encore avec les décisions de 2008 de tribunaux belges. La tendance visait manifestement à responsabiliser progressivement les FAI quant aux contenus qui circulent sur leurs réseaux. Le *Memorandum* évoquait d'ailleurs le devoir des maisons de disques de proposer des alternatives attirantes : « Les ayants droit doivent considérer sérieusement un accès plus flexible des consommateurs aux contenus ». À cet égard,

102. BERR – *Consultation document on legislative options to address illicit P2P file-sharing*, <<http://www.berr.gov.uk/consultations/page47141.html>>.

103. *Bulletin des nouvelles de Music Tank*, organisme lié à l'Université de Westminster, *The Filesharing Conundrum: Seconds Out, Round Two...*, août 2008, <<http://www.musictank.co.uk/newsletters/august>>.

104. Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform: *Consultation document on legislative options to address illicit P2P file-sharing*, juillet 2008, p. 66, <<http://www.berr.gov.uk/files/file47139.pdf>>.



le *Mémorandum* semblait soulever la question d'une solution mixte favorisant à la fois, d'une part, le développement de réseaux numériques commerciaux privés et, d'autre part, un Internet collaboratif permettant aux consommateurs d'effectuer certains échanges.

Le ministre britannique de la Culture, Andy Burnham<sup>105</sup>, a toutefois fait marche arrière et il a exclu la mise en place d'un système « three strikes and you're out » (« trois avertissements et on coupe ») devant les nombreuses contestations qui ont entouré cette proposition.

Allant dans le même sens, le ministre britannique chargé de la propriété intellectuelle, David Lammy, a également déclaré que le gouvernement avait définitivement écarté la voie législative pour forcer les FSI à couper la connexion de leurs abonnés soupçonnés de téléchargement illégal<sup>106</sup>. Dans une entrevue au *Times*<sup>107</sup>, il a expliqué qu'il lui semblait disproportionné de sanctionner ainsi les internautes. La raison de ce recul serait tout simplement juridique. D'après David Lammy, une déconnexion forcée impliquait des questions juridiques extrêmement complexes. Indiquant qu'un système alternatif était en cours d'élaboration et qu'il serait présenté à l'automne 2009, il a notamment souligné que le Royaume-Uni avait d'ores et déjà pris des mesures pour lutter contre le piratage informatique.

Il faisait ainsi référence à l'accord (*Memorandum*) signé entre les principaux FSI britanniques et l'industrie de la musique. Dans le cadre de l'application de cet accord, les FSI avaient commencé à envoyer des lettres à leurs abonnés suspectés de téléchargement ou de partage illégal (à un rythme de 1 000 courriers par semaine). Les FSI ne surveillent pas eux-mêmes les réseaux, mais ils s'appuient sur les constats d'infraction faits par les ayants droit afin d'établir la liste des destinataires ; ceux-ci relèvent leurs adresses IP et les transmettent aux FSI qui, à leur tour, établissent le lien entre les adresses IP transmises et les abonnés auxquels elles correspondent et ils expédient alors des lettres à leurs abonnés au nom de la BPI (*Bri-*

---

105. « The Government will not hesitate to introduce legislation if internet companies do not crack down on illegal music downloading », de mettre en garde le secrétaire à la Culture, *The Telegraph*, 17 juin 2008, <<http://www.telegraph.co.uk/news/newstoppers/politics/labour/2146317/Andy-Burnham-Internet-companies-must-crack-down-on-piracy.html>>.

106. « The UK's Intellectual Property minister David Lammy has said the government will not force internet service providers to pursue file sharers », *BBC News*, janvier 2009, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7854494.stm>>.

107. Patrick FOSTER, « Music Pirates Will Not Be Disconnected From the Internet », *The Times*, 26 janvier 2009, <[http://entertainment.timesonline.co.uk/tol/arts\\_and\\_entertainment/music/article5586761.ece](http://entertainment.timesonline.co.uk/tol/arts_and_entertainment/music/article5586761.ece)>.

*tish Phonographic Industry*). Les courriers ainsi expédiés ont avant tout pour objectif « d'éduquer » leurs destinataires ; ils comportaient un rappel de la législation sur les droits d'auteur et de l'existence d'offres de téléchargement légal. Rappelons que le *Memorandum* évoquait d'ailleurs le devoir des maisons de disques de proposer des alternatives attirantes : « Les ayants droit doivent considérer sérieusement un accès plus flexible des consommateurs aux contenus ». Les courriers contiennent également des informations sur l'importance pour l'internaute de sécuriser sa connexion à l'Internet, notamment pour les connexions sans fil, sur des liens vers des offres légales ou encore sur des informations concernant les risques engendrés par le téléchargement illégal (*spyware*, virus). Ils permettent aussi de prévenir les abonnés suspectés de télécharger illégalement des œuvres protégées qu'ils pourraient faire l'objet de poursuites judiciaires lancées en cas de récidive.

À cette phase de test, prévue pour trois mois, devrait succéder une étape de sanctions techniques pour les abonnés récalcitrants. Les options envisagées comprenaient un filtrage des réseaux afin d'empêcher l'usage des techniques de P2P et des restrictions de bande passante pour les plus gros téléchargeurs, mais aucune coupure de service.

### **2.2.2 Le Royaume-Uni numérique pour les prochaines années**

Le gouvernement britannique ne souhaite donc pas légiférer sur une sanction massive et il préfère faciliter en pratique le travail des ayants droit en proposant d'obliger les FSI à mettre à leur disposition les détails personnels des récidivistes. Mais le gouvernement veut aller plus loin. Ainsi, le ministre britannique des Communications, Lord Carter, évoquait dans son rapport préliminaire « Digital Britain » rendu public le 29 janvier 2009, la possibilité de créer une agence des droits numériques (*Digital Rights Agency*) qui jouerait le rôle d'arbitre entre les internautes, les ayants droit et les FSI. Un second rapport, intitulé « Copyright in a digital world: What role for a Digital Rights Agency », publié le 13 mars 2009 par le *Department for Innovation, Universities and Skills* (DIUS), le *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR) et le *Department for Culture, Media and Sport* (DCMS), précisait l'idée formulée par Lord Carter tout en la développant. Le Rapport « Digital Britain », rendu public en juin 2009 sous sa forme définitive, trace les grandes lignes du Royaume-Uni numérique pour les prochaines années.

### *2.2.2.1 Le rôle de l'Agence des droits numériques*

Le rôle de l'Agence des droits numériques est (1) d'informer, de sensibiliser et d'éduquer et (2) d'encourager l'innovation en facilitant la création de nouveaux moyens d'accéder aux contenus protégés :

#### *2.2.2.1.1 Informer, sensibiliser et éduquer les consommateurs afin de changer leur comportement*

Le gouvernement britannique est convaincu que l'information et l'éducation de ses citoyens est la première action à entreprendre pour mener un combat efficace contre le téléchargement illégal. Par conséquent, l'Agence regroupant les différents acteurs de l'industrie créative pourrait leur permettre d'unifier et de coordonner leurs campagnes de sensibilisation et, donc, leur permettre de livrer un message plus fort aux citoyens britanniques, au lieu de campagnes sporadiques de sensibilisation par les différents acteurs chacun de leur côté, comme on l'a fait pour la campagne « You Make the Movies » de l'industrie du cinéma<sup>108</sup>.

#### *2.2.2.1.2 Encourager l'innovation en facilitant la création de nouveaux moyens d'accéder aux contenus protégés*

- Étant donné que la complexité actuelle dans la négociation des droits est une entrave indéniable à la création d'offres légales, l'Agence constituerait un espace neutre de négociation permettant aux détenteurs de droits et aux personnes souhaitant les acquérir pour les exploiter légalement de se rencontrer.
- L'Agence fournirait une aide aux entreprises souhaitant monter des offres légales et innovantes dans le domaine.
- Elle pourrait « labelliser » les offres légales afin de les distinguer clairement des offres illégales. Ce label permettrait notamment de protéger les citoyens britanniques contre les méfaits du téléchargement illégal, parfois synonyme de virus ou de *spyware*.
- Les membres de l'Agence, FSI et ayants droit, devront se conformer à un code de bonnes pratiques qui établira quand et comment déclencher les actions prises contre les internautes. L'Agence ne disposant d'aucun pouvoir de régulation, le code

---

108. Portail de la campagne de l'industrie du cinéma britannique, <<http://www.youmakethemovies.co.uk>>.

de bonnes pratiques devra être approuvé par l'OFCOM (*the Office of Communications*) avant d'entrer en vigueur.

- Un internaute suspecté d'utiliser les réseaux de téléchargement illégal pourrait ne pas être responsable pour de nombreuses raisons dont l'usurpation d'adresse IP (*IP spoofing*) et l'utilisation de la connexion à l'Internet par un autre individu (piratage d'une connexion sans fil). L'Agence jouerait le rôle d'intermédiaire des internautes souhaitant contester une lettre d'avertissement ou une mesure de limitation technique de sa ligne.

#### 2.2.2.2 *Composition et financement de l'Agence*

Sans obligation d'adhésion, l'Agence se composerait d'acteurs de l'industrie créative et des FSI souhaitant en faire partie.

Son financement serait assuré par les différents acteurs de l'industrie créative et les coûts dépendraient des missions qui lui seraient confiées. Elle pourrait être composée d'une dizaine de membres et chargée d'établir un code de bonnes pratiques pour ses membres, approuvé par l'OFCOM (l'Autorité britannique de régulation des télécoms, une sorte de CRTC canadien), en plus de faire respecter ce code. Elle jouerait également un rôle de facilitateur dans la négociation des droits d'auteur.

#### 2.2.2.3 *La législation proposée*

La future législation imposerait de nouvelles obligations aux FSI : Une obligation « d'avertissement » : les internautes téléchargeant illégalement des contenus protégés continueraient d'être avertis par courrier comme c'est le cas aujourd'hui. Les ayants droit continueraient également de collecter des adresses IP sur les réseaux de téléchargement illégal qu'ils transmettraient ensuite aux FSI qui se chargeraient de contacter les abonnés auxquels ces adresses IP correspondent pour les avertir du délit duquel ils sont suspectés. Cette première mesure devant permettre de lutter efficacement contre les utilisateurs occasionnels des réseaux de téléchargement illégal est manifestement contredite dans les faits, car les premiers résultats constatés lors de sondages donnent un taux de récurrence supérieur à 20 %. Par ailleurs, les courriers envoyés contiendraient toujours les mêmes informations : conseils pour sécuriser sa connexion Internet ; informations sur les offres légales et liens pour y accéder ; renseignements sur les droits d'auteur et leur importance pour l'industrie créative.

Le cas des récidivistes : les FSI devront conserver les données relatives aux avertissements expédiés à leurs abonnés afin de pouvoir déterminer à tout moment quels sont les internautes multirécidivistes. En pratique, les FSI alerteraient les détenteurs de droits lorsque ceux-ci leur feraient parvenir une demande d'avertissement concernant un cas important de multi-récidive. Les détenteurs de droits pourraient alors faire une demande auprès d'un tribunal afin d'obtenir du FSI les informations personnelles de l'abonné pour engager une procédure judiciaire. Quant aux mesures à prendre contre les récidivistes avant de les poursuivre devant les tribunaux, deux scénarios sont envisageables : en cas de consensus avec l'industrie, la législation pourrait énumérer un ensemble de mesures possibles (blocage de protocoles, limitation de la bande passante), mais laisser l'Agence des droits numériques, sous réserve de validation de l'OF-COM, décider du moment et de la façon touchant l'application de ces mesures. Ce scénario plus souple permettrait à l'industrie de s'adapter plus rapidement aux changements de comportement des pirates et aux évolutions technologiques. En cas de résistance de l'industrie, la législation spécifiera clairement les actions à entreprendre, ainsi que les modalités de mises en place de ces actions.

### 2.2.3 Où en sommes-nous ?

Le seul moyen dont disposent aujourd'hui les détenteurs de droits pour tracer l'activité illégale des internautes sur les réseaux P2P est de relever les adresses IP des machines connectées aux réseaux de partage illégaux et de les transmettre aux FSI. Cette opération de supervision des réseaux de partage et de collecte d'adresses IP est généralement déléguée à des entreprises privées qui mettent en place des solutions automatisées pour collecter les adresses IP. Ces sociétés ne mettent cependant pas systématiquement en œuvre les moyens les plus appropriés pour établir la culpabilité des internautes auxquels correspondent les adresses IP relevées. C'est pourquoi le *Rapport Digital Britain* a été largement critiqué par les principaux intéressés dont les acteurs de l'industrie créative, plus particulièrement les acteurs de l'industrie du disque. Ces derniers se demandaient comment les lettres seules parviendraient à atteindre l'objectif que s'était fixé le gouvernement de réduire de manière significative le téléchargement illégal, alors que des études démontraient que les personnes téléchargeant illégalement ne changeraient leur attitude que si elles savaient que les lettres envoyées n'étaient que la première étape de la procédure et que d'autres actions seraient prises par les FSI. Selon eux, seules des mesures proportionnées prises par les FSI seraient plus efficaces). Les critiques ont aussi émané des

FSI et des associations de protection des droits des consommateurs, ceux-ci s'inquiétant du fait que les sanctions prévues à l'encontre des internautes ne visaient qu'à les criminaliser inutilement.

On sait également que les actions entreprises par les détenteurs de droits n'ont jamais abouti à une baisse du téléchargement illégal, mais qu'elles ont favorisé l'apparition de nouvelles méthodes de piratage : nouveaux réseaux, nouveaux protocoles, etc. Quelles que soient les méthodes de détection utilisées par les sociétés aujourd'hui, il existe d'ores et déjà des moyens de les contourner avec plus ou moins d'efficacité, d'autant plus que les réseaux P2P « anonymes » semblent être la solution privilégiée par les pirates soucieux de continuer de télécharger illégalement sans être inquiétés.

Les récentes évolutions législatives sont saluées par les ayants droit et les industries culturelles, mais condamnées par les milieux culturels et le web britannique. Le Premier ministre Gordon Brown s'appuyait résolument sur le *Rapport Digital Britain* pour fixer le cap du développement numérique en Grande-Bretagne en 2012, mais avec l'ampleur du phénomène des téléchargements illégaux sur Internet, le gouvernement a donné une nouvelle orientation au *Digital Britain* qui, manifestement, forcerait les FSI à prendre des mesures draconiennes contre les abonnés les plus actifs sur les réseaux P2P, tout en recommandant à nouveau le principe de la suspension de l'accès Internet et en proposant de partager les coûts de la traque des pirates entre les ayants droit et les FSI. Si, à l'origine, le régulateur des communications du Royaume-Uni, l'OFCOM, avait jusqu'à 2012 pour *examiner si des mesures techniques étaient nécessaires pour attraper les pirates*, il semblerait que les autorités aient jugé ce délai beaucoup trop long. Selon les estimations, environ sept millions d'internautes au Royaume-Uni se livreraient au piratage des œuvres protégées sur Internet.

C'est dans ce contexte que le secrétaire d'État au Commerce et à l'Innovation, Lord Mandelson, a déposé le 29 octobre 2009 un amendement qui, selon lui, devrait permettre au Royaume-Uni de restreindre l'accès à l'Internet des personnes qui persisteraient à télécharger ou à partager illégalement des fichiers, et ce, de manière à assurer l'essor des industries britanniques de la création culturelle.

Ce projet de loi destiné à lutter contre les téléchargements illicites prévoit, dans les situations les plus extrêmes, de supprimer temporairement l'accès à l'Internet aux utilisateurs, de bloquer les sites de téléchargement et de réduire la vitesse des bandes passantes. Ces mesures devaient être introduites dans le projet de loi

sur l'économie numérique (*Digital Economy Bill*) que le ministre a déposé le 20 novembre 2009 à la Chambre des Lords. Ce projet de loi autoriserait le Secrétariat d'État à effectuer n'importe quelle modification aux droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques, brevets, etc.) par la simple voie réglementaire, sans le contrôle du Parlement. Il pourrait notamment créer de nouvelles peines, telles des peines d'emprisonnement en cas de partage de fichiers, ou mettre en place la riposte graduée sans débat. De même, il pourrait concéder des prérogatives d'investigation aux ayants droit qui auraient, par exemple, la possibilité d'exiger des FSI, des bibliothèques, des entreprises ou des écoles, qu'ils livrent les informations personnelles sur les utilisateurs de leur accès Internet, ou qu'ils bloquent l'accès à certains sites ou protocoles. Ces pouvoirs pourraient être étendus, voire transformés en « devoirs », à l'égard de tout intermédiaire qui faciliterait, volontairement ou non, des infractions au droit d'auteur.

Cette loi devait entrer en vigueur en avril 2010 en instaurant une phase transitoire d'un an pendant laquelle les FSI et l'OFCOM devront traquer le téléchargement illégal et envoyer des avertissements aux contrevenants. Si, au terme de cette année, la fraude n'a pas diminué d'au moins 70 %, des mesures de riposte graduée seront alors mises en place. La coupure de la connexion Internet sera, comme en France, l'ultime mesure de rétorsion.

C'est dire que le débat sur les moyens de lutter contre le partage illégal de fichiers fait rage depuis 2007 au Royaume-Uni, les ayants droit exigeant l'intervention des FSI. Mais ceux-ci, à travers leur association ISPA (*Internet Service Providers' Association*) ont exprimé leur *déception par la proposition de forcer les FSI de suspendre les lignes des utilisateurs*. Les principaux FSI, à savoir *BT* et *Carphone Warehouse*, refusent d'endosser ce rôle de policier du Web ou de faire respecter l'ordre public. Leur rôle ne devrait se limiter, selon eux, qu'à des considérations techniques, à moins d'une décision judiciaire.

Du côté de la *British Phonographic Industry* (BPI), chargée de défendre les intérêts de l'industrie britannique du disque, l'évolution du *Digital Britain* a été accueillie avec un certain enthousiasme. « Le piratage numérique est un problème sérieux et une vraie menace pour les industries créatives britanniques a déclaré la BPI dans un communiqué : La solution au problème du piratage doit être effective, proportionnée et dissuasive »<sup>109</sup>.

109. Traduction proposé par Julien LAUSSON, « Un amendement propose de couper la connexion aux pirates britanniques les plus actifs », *Numerama*, 25 août

Les citoyens britanniques ont notamment été invités à se prononcer sur ce projet grâce à une consultation publique réalisée entre juin et septembre 2009<sup>110</sup>. Mais, déjà une pétition contre le projet de loi était déposée sur le site officiel du Premier ministre<sup>111</sup> réclamant « l'abandon » du projet visant à interdire l'accès à Internet à tous ceux qui partageraient illégalement des fichiers sur des logiciels P2P. Ce à quoi l'Exécutif anglais a répondu : « Nous ne résilierons pas les comptes des contrevenants, après avoir pris soin de vanter les avantages des nouvelles technologies dans un préambule. Nous avons ajouté la suspension [de connexion] à la liste des mesures techniques qui pourraient être envisagées si les notifications et l'action en justice ne se révélaient pas aussi efficaces que souhaité dans la lutte contre le partage illégal de fichiers »<sup>112</sup>, poursuit le bureau du Premier ministre Gordon Brown. On fait ainsi passer la pilule de la possible suspension de connexion à grands coups de conditionnels. Suspension qui vient d'ailleurs remplacer la plus explicite *déconnexion*, terminologie désormais introuvable dans les communiqués officiels. À ce titre, une commission parlementaire, le *Joint Committee on Human Rights* (JCHR), a d'ailleurs demandé, au début du mois de février 2010, dans un rapport *plus de détails* sur la durée de la *suspension temporaire* envisagée en dernier recours, ainsi que sur les preuves sur lesquelles s'appuieront les mesures restrictives.

Par ailleurs, un nouveau sondage réalisé en 2010 par l'organisation à but non lucratif *Open Rights Group*, montre que près de 70 % de la population britannique est farouchement opposée au principe de la déconnexion et qu'elle rejette la riposte graduée<sup>113</sup>.

D'après ce sondage<sup>114</sup>, les Britanniques réclament l'implication de l'appareil judiciaire et ils défendent l'idée qu'une personne accusée

2009, <<http://www.numerama.com/magazine/13743-un-amendement-propose-de-couper-la-connexion-aux-pirates-britanniques-les-plus-actifs.html>>.

110. Department for Business, Innovation & Skills, *Government statement on the proposed p2p file-sharing legislation*, <<http://www.berr.gov.uk/files/file52658.pdf>>.

111. Site officiel du Bureau du Premier ministre : *Petition the Prime Minister to abolish the proposed law that will see alleged illegal filesharers disconnected from their broadband connections, without a fair trial*, <<http://petitions.number10.gov.uk/dontdisconnectus>>.

112. Traduction proposée par Andréa FRADIN, « Riposte graduée : le gouvernement britannique sort les pincettes », *Écrans*, 24 février 2010, <<http://www.ecrans.fr/Riposte-graduee-le-gouvernement,9269.html>>.

113. OPEN RIGHTS GROUP, *Disconnection: 70 % say no. Ask your MP* (Membre du Parlement) *to support us*, <<http://www.openrightsgroup.org/assets/files/pdfs/p2p-briefing-print.pdf>>.

114. OPEN RIGHTS GROUP, *Consultation on legislation to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, <<http://www.openrightsgroup.org/ourwork/reports/consul>>.



d'enfreindre le droit d'auteur ne devrait pas voir ses droits réduits. En ce qui concerne la mesure en elle-même, près de sept personnes sur dix s'opposent à un système de sanctions qui mettrait en touche l'appareil judiciaire et le droit à avoir un procès équitable. De l'autre côté, 16 % des répondants soutiennent le principe de la suspension de la ligne d'un abonné si *plusieurs accusations* ont été colligées par le FSI. Une petite minorité radicale des répondants (7 %) ont révélé qu'ils pencheraient plutôt vers un mouvement politique qui irait justement dans le sens de la riposte graduée.

#### 2.2.4 Développements récents

Comme on le constate, après avoir privilégié dans un premier temps le blocage des sites Internet qui permettent de télécharger illégalement des contenus protégés sur les réseaux P2P, les autorités britanniques se sont orientées vers un système de réponse graduée intégral<sup>115</sup>. À cet égard, le gouvernement britannique avait d'ailleurs confirmé, au cours de l'été 2011, son intention de mettre en œuvre le dispositif exposé dans la *Loi sur l'économie numérique (UK Digital Economy Act 2010)* à compter de 2013 ; le Royaume-Uni envisageait l'envoi d'un courriel à titre de première étape. Cette décision reprend les dix recommandations du professeur Hargreaves énoncées dans son rapport sur la propriété intellectuelle<sup>116</sup>.

En décembre 2012, John Vince Cable, Secrétaire d'État aux Affaires, à l'Innovation et au Savoir-faire du gouvernement de David Cameron, a proposé à son tour une série de mesures pour renforcer la propriété intellectuelle. Il a également évoqué la mise en œuvre de vastes campagnes d'information à destination des jeunes, plus enclins à s'approprier illégalement des contenus protégés. Ces propositions devraient entrer en vigueur au cours de l'année 2013<sup>117</sup>.

---

tation-on-p2p-file-sharing> ; également *Consultation on Legislative Options to Address Illicit Peer-to-Peer (p2p) Filesharing – Response of the Open Rights Group*, <[http://www.openrightsgroup.org/uploads/081030\\_berr\\_p2p.pdf](http://www.openrightsgroup.org/uploads/081030_berr_p2p.pdf)>.

115. Barry SOOKMAN, *Graduated Response Mapped out in UK Digital Economy Bill*, 22 novembre 2009, <<http://www.barrysookman.com/2009/11/22/graduated-response-mapped-out-in-uk-digital-economy-bill>>.

116. Ian HARGREAVES, *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*, 20 mai 2011, p. 130, <<http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>>. Voir également Barry SOOKMAN, *UK Moving Ahead With Graduated Response After Hargreaves Review of IP*, 10 août 2011, <<http://www.barrysookman.com/2011/08/10/uk-moving-ahead-with-graduated-response-after-hargreaves-review-of-ip>>.

117. *Modernising Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework – Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying Copyright Law*, décembre 2012, <<http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf>>.

Sur le plan judiciaire, les deux plus grands FSI du Royaume-Uni (*British Telecom et Talk Talk*) ont demandé en novembre 2010 à la Haute Cour de justice de réexaminer le *Digital Economy Act 2010* pour en vérifier la légalité<sup>118</sup>. Après avoir perdu en première instance, les FSI ont été déboutés en appel le 6 mars 2012, la cour ayant validé le système du mécanisme de la riposte graduée instauré par la *Digital Economy Act 2010* en l'estimant proportionné. Manifestement, les FSI britanniques pourront désormais, à la demande des ayants droit, envoyer des lettres d'avertissements à leurs clients soupçonnés d'avoir téléchargé illégalement des contenus protégés. Toutefois, les opérateurs disposent encore d'une carte dans leurs mains puisqu'ils peuvent encore saisir la Cour suprême britannique en vue de faire entendre leurs arguments<sup>119</sup>.

Par ailleurs, la Haute Cour de justice a rendu, le 30 avril 2012, une injonction à l'encontre des cinq principaux FSI britanniques (*British Sky Broadcasting Limited, Everything Everywhere Limited, TalkTalk Telecommunications Group PLC, Telefonica UK Limited (O2) et Virgin Media Limited*) afin qu'ils empêchent les internautes d'accéder à la plate-forme de téléchargement *The Pirate Bay* qui intègre des moteurs de recherche<sup>120</sup>.

Cette injonction s'appuyait sur le fondement de l'article 97A de la *Copyright, Designs and Patents Act* qui prévoit que la Haute cour « aura le pouvoir d'ordonner une injonction à l'encontre d'un FSI, lorsque ce FSI a une réelle connaissance du fait qu'une autre personne utilise ses services pour enfreindre des droits d'auteur ». Cette action judiciaire s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le téléchargement non autorisé des contenus protégés par l'implication des prestataires Internet, intermédiaires entre les internautes et les sites de téléchargement illégaux.

Il faut également noter que, conformément à l'article 124L de la *Digital Economy Act 2010*, des sanctions peuvent être prises à

118. Julien LAUSSON, « La loi HADOPI britannique réexaminée par la Haute Cour », *Numerama*, 12 novembre 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/17311-la-loi-HADOPI-britannique-reexaminee-par-la-haute-cour.html>>.

119. Olivier ROBILLART, « La Justice britannique s'apprête à autoriser la riposte graduée », *Clubic Pro*, <<http://pro.clubic.com/legislation-loi-internet/telechargement-illegal/actualite-480272-justice-britannique-apprete-autoriser-riposte-graduee.html>>.

120. Anne-Katel MARTINEAU, « Lutte contre le piratage des œuvres musicales au Royaume-Uni : l'interdiction d'accéder à "The Pirate Bay" », *Avocats.fr*, 23 mai 2012, <[http://avocats.fr/space/anne-katel.martineau/content/lutte-contre-le-piratage-des-oeuvres-musicales-au-royaume-uni---l-interdiction-d-acceder-a-the-pirate-bay-\\_341F34A1-4201-4BD7-9D62-9DCAFECEDCEB](http://avocats.fr/space/anne-katel.martineau/content/lutte-contre-le-piratage-des-oeuvres-musicales-au-royaume-uni---l-interdiction-d-acceder-a-the-pirate-bay-_341F34A1-4201-4BD7-9D62-9DCAFECEDCEB)>.

l'encontre des FSI s'ils ne respectent pas leurs obligations d'imposer des mesures techniques aux abonnés, ou à l'encontre des fournisseurs et des ayants droit s'ils ne collaborent pas avec l'OFCOM.

### **3. BELGIQUE**

#### **3.1 Le contexte du téléchargement illégal et du partage des œuvres protégées en Belgique**

La question du téléchargement est devenue un véritable phénomène de société en Belgique. Comme partout ailleurs, l'internaute télécharge tout et partout sur son ordinateur, son baladeur numérique, son téléphone mobile. Les derniers films sortis au cinéma (ou bien souvent de plus en plus, encore diffusés en salle), les derniers albums musicaux, les livres récents ; tout est rendu de plus en plus rapidement disponible sur la toile.

Les secteurs du livre, de la musique, du film ou du jeu vidéo ont rapidement pris la mesure de la révolution que leur impose Internet. Si le téléchargement est en soi un outil de développement culturel, le téléchargement illégal, lui, est une véritable menace pour la création culturelle. Ainsi, on assiste actuellement à un gigantesque vol généralisé et organisé. La pratique du téléchargement à travers des offres illégales de contenu est à ce point confortablement installée que les internautes n'ont même pas l'impression de porter atteinte aux droits d'auteur. Le téléchargement illégal s'effectue beaucoup aujourd'hui sur des réseaux P2P et le comportement du consommateur est guidé par l'argument que la gratuité de la culture répondrait à une demande sociale. Ainsi, l'achat d'un CD ou d'un DVD paraît complètement absurde quand l'Internet vous propose le même contenu sans aucun frais. La menace est non seulement culturelle, mais aussi économique.

Une étude a récemment démontré l'importance économique des droits d'auteur et des droits voisins en Belgique. Il s'agit de secteurs d'activités sur lesquels le droit d'auteur et les droits voisins ont une importance capitale. Celle-ci a révélé que ce secteur emploie en 2008 92 286 (ETP) auprès de 9 138 employeurs, ce qui représente respectivement 3,25 % des travailleurs et 4,07 % des employeurs à l'échelle nationale. Cela équivaut à 2,9 % du PIB. Près de 100 000 personnes vivent donc du droit d'auteur à travers la création, l'édition, la production et la distribution de films, de livres, de journaux, d'œuvres musicales, de programmes télévisés et vidéos. Le secteur a également investi plus de 1,2 milliard d'euros, ce qui équivaut à 2,9 % de l'ensemble des investissements en Belgique. La contribution économique de ce secteur est donc jugée très importante.

Selon un rapport récent de la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI), 95 % du marché de la musique numérique est illégal<sup>121</sup>. Une étude de marché belge démontre également que la Belgique et les artistes belges souffrent des téléchargements illégaux : les résultats permettent de constater que pour un album téléchargé légalement, cinq sont téléchargés illégalement. La même constatation vaut également pour des films, des livres, des albums de bande dessinée et des magazines.

L'industrie de la musique, par exemple, traverse une crise économique sans commune mesure en Belgique depuis près de dix ans : le chiffre d'affaires des ventes de musique a en effet baissé de près de 40 %. Au cours de la période 2000-2008, une baisse de 46 % a été enregistrée uniquement pour le marché physique des albums et des *singles* (passant de 175 millions d'euros en 2000 à 94,5 millions d'euros en 2008), et ce, malgré l'extension de l'offre par les DVD musicaux (dont la vente a également diminué de plus de 60 % depuis 2004). Cette baisse des chiffres de vente des supports audio CD et DVD a quelque peu été atténuée, bien qu'insuffisamment, par la vente de musique par voie électronique (à des prix plus bas, mais aussi à des marges inférieures), dont le chiffre d'affaires est passé de trois millions d'euros en 2005 à 11 millions d'euros en 2008. Quoi qu'il en soit, si on ajoute au « marché physique » le chiffre d'affaires du marché numérique, l'industrie du disque subit une perte de 39 % (de 175 millions d'euros en 2000 à 106 millions d'euros en 2008).

Les raisons de cette forte diminution peuvent être résumées comme suit :

- une combinaison de la convergence du format mp3 numérique, le développement du matériel informatique (bon marché) pour le grand public avec une capacité de stockage qui augmente sans cesse et la venue de l'Internet à large bande ont permis l'apparition de systèmes ayant pour but l'échange gratuit et illégal de fichiers de musique (P2P) ;
- le piratage professionnel ou amateur à échelle commerciale de CD et de DVD ;
- des marges de plus en plus réduites sur les CD et les DVD dont le prix de vente en magasin est grugé par le taux de TVA à 21 %, la nécessité de dépenses en marketing toujours plus élevées en raison d'une concurrence accrue dans ou avec l'in-

---

121. IFPI, *Digital Music Report 2009: New Business Models for a Changing Environment*, janvier 2009, <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009-real.pdf>>.

dustrie des loisirs et de la communication (DVD, jeux, logiciels, téléphonie mobile, etc.) et le partage des revenus de la vente avec les sociétés de médias, de distribution et de télécommunications dans le cadre du développement de nouveaux modèles d'exploitation.

Cette baisse des ventes a eu un effet direct et immédiat sur les revenus des artistes et des auteurs, étant donné qu'une partie de ces revenus provient de la vente de supports (redevances sur la reproduction mécanique). Les revenus des auteurs de musique ont ainsi baissé de 40 % depuis 2002, passant de 21,8 millions d'euros à 13,2 millions d'euros<sup>122</sup>. C'est dire que l'offre non autorisée de contenus culturels sur Internet et le téléchargement qui en est fait n'ont pas que des répercussions sur l'économie de la création au sens strict, à savoir au niveau des auteurs, des artistes, des éditeurs ou d'autres producteurs. En effet, lorsque la société belge SONICA, propriétaire de 61 magasins qui vendent des CD, DVD et jeux vidéo a fait faillite récemment, elle a entraîné dans son sillage une perte d'emploi pour plus de 400 personnes en Belgique.

Une étude relative au comportement de téléchargement, réalisée en automne 2009 par *Karel De Grote Hogeschool* (Anvers) auprès de plus de 1 100 étudiants dans différentes universités et hautes écoles belges, fait ressortir les constats suivants :

- chaque étudiant télécharge annuellement 1 332 chansons, 108 films et 11 jeux vidéo sur l'Internet ;
- un sur dix répondants ne sait pas s'il télécharge de la musique (11 %), des films (10 %) ou des jeux (11 %) d'une source légale ou illégale ;
- seulement 25 % des répondants téléchargent de la musique d'une source légale, 11 % pour les films et 27 % pour les jeux vidéo ;
- seulement un sur trois répondants est prêt à payer pour télécharger de la musique, des films, des séries TV et des jeux vidéo ;
- 50 % des répondants arrêteraient de télécharger illégalement s'il y avait un risque réel d'amendes et 35 % le feraient si le téléchargement illégal était contrôlé.

---

122. Chiffres tirés du *Rapport annuel 2008* – Société Belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM), <[http://www.sabam.be/website/data/Rapports\\_annuels/2008\\_FR.pdf](http://www.sabam.be/website/data/Rapports_annuels/2008_FR.pdf)>.

Pour le gouvernement belge, ces chiffres démontrent qu'il est aujourd'hui vital pour le secteur d'adapter la législation au développement du monde numérique, car les conséquences culturelles et économiques sont telles qu'on ne peut rester inactif face à ce qu'il qualifie de véritable « hémorragie » des œuvres sur Internet. Il faudrait donc trouver un équilibre entre le développement de la création culturelle et le respect des libertés individuelles.

### **3.2 Des initiatives belges pour lutter contre l'offre et l'échange illicite sur Internet**

En Belgique, bien que les autorités étatiques ne se soient pas encore positionnées sur la lutte contre le piratage en ligne, attendant une décision ferme des instances européennes, elles ont toutefois déjà mené des initiatives juridiques, politiques et commerciales.

#### **3.2.1 La voie juridique**

Si, dans l'état actuel des choses, il n'existe pas de législation spécifique organisant la lutte contre les téléchargements illégaux, ce statut quo n'a cependant pas empêché un juge d'ordonner à un FSI qu'il bloque les sites de téléchargement illégaux, ni la mise en place, dans la pratique, de mécanismes visant à endiguer le piratage en ligne. Certains textes portent cependant sur cette problématique, à savoir : la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, qui punit le délit de contrefaçon et les personnes qui contournent les mesures techniques de protection des droits ; la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 dite Directive sur le commerce électronique*, qui édicte des limitations de responsabilités des FSI ; la *Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, qui transpose la directive européenne relative au commerce électronique et qui impose au FSI, lorsqu'il a une connaissance effective d'une activité d'hébergement ou d'une information de téléchargement illicite, de la communiquer au Procureur du Roi ; la *Loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de la propriété intellectuelle* et la *Loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle*<sup>123</sup>.

Par ailleurs, des directives européennes ont été transposées en droit belge. D'une part, la *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits*

123. Voir Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 2943/001 et DOC 51 2944/001, <<http://www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/51/2944/51k2944001.pdf>>.

*de propriété intellectuelle*, qui est une transposition en droit européen de l'accord ADPIC (*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*) de l'OMC et qui a pour objet de donner des armes juridiques efficaces aux titulaires de droits de propriété intellectuelle pour mieux lutter contre les atteintes à leurs droits. D'autre part, la *Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* (la DADVSI française), qui vise à encadrer tant la diffusion de l'infinité d'œuvres qui circulent en permanence sur Internet et les réseaux mobiles de troisième génération que leur protection au titre du droit d'auteur ou des droits voisins (artistes, producteurs, organismes de radiodiffusion), et permettre à tous d'écouter la radio sur Internet, de regarder la télévision, de visionner des films, de s'échanger des fichiers musicaux, d'accéder à des archives de journaux en ligne, etc. En adoptant la *Loi du 22 mai 2005 sur le droit d'auteur*<sup>124</sup>, la Belgique a transposé ces directives en droit national. Les dispositions de cette loi permettent aux détenteurs de droits de s'adresser aux juridictions civiles afin d'obtenir la cessation d'une atteinte à leurs droits. Ils peuvent en outre obtenir une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers en atteinte à un droit d'auteur.

Certes, des actions peuvent être menées contre les téléchargements illégaux, notamment en invoquant les dispositions de cette loi, parfois même en réclamant en justice une obligation de filtrage par les FSI. Comme il s'agit toujours de dispositions diverses contenues dans des lois qui ne poursuivent pas un objectif spécifique de lutte contre le piratage électronique, les interventions sont difficiles à mener, les recours sont rares et ils se perdent dans les méandres des diverses législations.

### **3.2.2 En matière pénale**

Malgré cet arsenal de dispositions légales, il n'en demeure pas moins que la pratique du P2P n'est pas en tant que telle réglementée en droit belge. Cependant, l'absence de réglementation spécifique ne signifie pas que l'opération d'échange de fichiers contenant des copies d'œuvres protégées puisse se faire en Belgique sans risque de poursuites tant civiles que pénales. L'arsenal législatif belge dispose pourtant d'éléments qui qualifient le téléchargement illégal de contrefaçon : l'internaute qui diffuse des œuvres protégées s'acquiesce rarement des droits de communication publique et de reproduction. Dès lors que l'origine du document téléchargé n'est pas licite, le téléchargement

---

124. Cette loi est publiée au *Moniteur* du 27 mai 2005, p. 24997.

est considéré comme illégal. Cependant, même si elles existent, les sanctions sont rarement appliquées. En plus des actions sur plaintes des « majors », le Parquet détient d'office un pouvoir d'action, mais ce genre de procédure exceptionnelle, qui n'est pas utilisée couramment, vise surtout les gros consommateurs qui font commerce des œuvres piratées.

Dans ce contexte, la *Loi du 15 mai 2007 relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie des droits de propriété intellectuelle*<sup>125</sup> prévoit l'attribution de pouvoirs de recherche et de constatation des infractions à des agents fédéraux belges des Finances et de l'Économie. Malgré ces nouveaux pouvoirs, ces agents n'auraient encore reçu aucune plainte dans la mesure où la *Belgian Anti-piracy Federation*, dont l'objectif consiste à défendre les intérêts de l'industrie de la musique, du film et du jeu vidéo dans la lutte en Belgique contre les copies illégales et la piraterie en ligne, a toujours saisi jusqu'à présent les services de la police des atteintes aux droits de propriété intellectuelle de ses membres en matière de téléchargement illégal sur Internet.

Parallèlement, la concertation entre le département fédéral de l'Économie et le *Federal Computer Crime Unit* de la police judiciaire fédérale a permis la création d'un point de contact en ligne *eCops* qui permet à tous les utilisateurs de l'Internet de signaler des délits commis sur ou au moyen de l'Internet<sup>126</sup>.

Les lois du 15 mai et du 22 mai 2007 ont jusqu'à présent permis aux tribunaux belges de sanctionner deux catégories de participants (activement ou passivement) à un système d'échange P2P : les intermédiaires de l'Internet, en l'espèce les FSI, et les internautes utilisant des logiciels P2P. Une troisième catégorie a aussi fait l'objet de poursuites, mais hors-Belgique. Il s'agit des éditeurs de logiciels P2P.

Concernant la première catégorie, à savoir les intermédiaires de l'Internet, il semble en effet que les juridictions belges soient les premières à avoir appliqué la *Directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société d'information* à l'encontre d'un FSI, en l'espèce dans le cadre d'une action en cessation introduite par la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM) contre Tiscali (rachetée plus tard par la S.A. Scarlet) ; et cela, avant même que cette Directive soit introduite en droit belge. Le Tribunal a constaté l'existence d'atteintes au

125. Voir Chambre des Représentants de Belgique, DOC 51 2852/001, <<http://www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/51/2852/51k2852001.pdf>>.

126. Portail de *eCops*, <<https://www.ecops.be/webforms/Default.aspx?Lang=FR>>.



droit d'auteur dans des œuvres musicales du répertoire de la SABAM, en particulier des droits de reproduction et de communication au public, du fait de l'échange non autorisé de fichiers électroniques musicaux illicites réalisé grâce à des logiciels P2P. Cependant, le tribunal n'a pas statué, attendant les conclusions d'experts quant à la possibilité pour Tiscali de filtrer les échanges non autorisés de fichiers sur son réseau.

Quant à la deuxième catégorie, à savoir les internautes qui utilisent les logiciels P2P afin de partager ou de télécharger des copies d'œuvres protégées, l'échange d'un fichier par l'intermédiaire d'un logiciel P2P se réalise au moyen de deux opérations distinctes : la mise à disposition par un premier internaute, avec son logiciel P2P, d'un fichier présent sur son disque dur de manière à le rendre accessible aux autres utilisateurs du logiciel et d'assurer son transfert vers un autre ordinateur, puis, le téléchargement par un deuxième internaute du fichier partagé, c'est-à-dire son transfert et sa reproduction sur le disque dur de son ordinateur.

La première opération peut être analysée, au regard de la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, comme un acte de communication au public soumis à l'autorisation de l'auteur. Mais une disposition de cette loi prévoit cependant que, lorsqu'une œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire la communication gratuite et privée effectuée dans le *cercle de la famille*. Cette question n'a pas été définitivement tranchée par les tribunaux en raison de l'interprétation de la notion de « cercle de famille », entendue autrement comme comprenant l'ensemble de la communauté des internautes participant à un système d'échange P2P.

La deuxième opération, c'est-à-dire le téléchargement d'une œuvre protégée, peut être qualifiée, au regard de la loi, d'un acte de reproduction soumis à l'autorisation de l'auteur. À nouveau, il apparaît difficile d'invoquer ici l'exception pour copie privée, prévue dans la loi, au regard de l'interprétation stricte à donner à la notion de « cercle de famille ».

Des internautes ont toutefois été condamnés par des tribunaux belges pour contrefaçon en qualifiant les deux opérations susmentionnées d'actes de représentation consistant dans la communication de l'œuvre au public des internautes par télédiffusion et de reproduction, chaque fichier d'une œuvre numérisée étant copié pour être stocké sur le disque dur de l'internaute qui le réceptionne. Les internautes ont en outre été contraints de payer des indemnités à titre de dommages-intérêts aux parties civiles, en l'espèce l'IFPI et la SABAM.

Il s'agit de l'épineuse affaire opposant un ayant droit, la SABAM, à un FSI, Scarlet, pour laquelle le tribunal de première instance de Bruxelles avait estimé que le FSI n'avait finalement pas à payer les 750 000 euros d'astreintes dans l'attente du filtrage de ses abonnés. En l'espèce, en application des dispositions de la loi belge sur le droit d'auteur, la SABAM a obtenu, le 29 juin 2007, un jugement ordonnant à la S.A. Scarlet, de « faire cesser les atteintes au droit d'auteur et ce, en rendant impossible toute forme, au moyen d'un logiciel P2P, d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la SABAM »<sup>127</sup>. Il s'agit d'une décision inédite puisque prônant une solution de filtrage face à ce phénomène de téléchargement illégal. La décision laissait à Scarlet le soin de choisir le filtrage le plus adapté pour atteindre cet objectif, mais sous astreinte de 2 500 € par jour de retard. Scarlet avait toutefois expliqué aux magistrats être dans l'impossibilité de mettre en place un tel filtrage « efficace ». Mais la partie adverse prenait appui sur les conclusions d'un expert selon lesquelles ces technologies de filtrage auraient déjà été testées chez des FSI asiatiques et américains. Scarlet estimait en effet que, par la mise en place d'un filtrage systématique des contenus de son offre d'accès à l'Internet, le juge violait l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance des réseaux en vertu de la directive européenne sur le commerce électronique.

Sur ce point, en effet, la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment commerce électronique, dans le marché intérieur* (appelée « Directive sur le commerce électronique ») et sa loi de transposition en droit belge du 11 mars 2003 ont instauré un système de *non-responsabilité limitée ou conditionnelle* en consacrant un régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet. En vertu de ce système, les prestataires intermédiaires ne sont pas responsables en principe des contenus qui transitent sur leurs serveurs, sauf si certaines conditions énumérées dans la loi viennent à être remplies. Il s'ensuit que les intermédiaires de l'Internet ne se voient imposer aucune obligation active de contrôle ou de surveillance des contenus transitant sur leurs serveurs. Seules peuvent leur être imposées des obligations temporaires de surveillance de leurs réseaux, et ce, dans des cas spécifiques. Par ailleurs, il est toujours permis d'agir en cessation à l'encontre d'un prestataire intermédiaire.

127. Voir jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles, *SABAM c. SCARLET*, 29 juin 2007, <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tpi-bru20070629.pdf>>.

Dans la décision portée en appel, la cour constatait que le juge de première instance avait bien la possibilité de rendre « une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte aux droits d'auteur ou à un droit voisin ». Plus précisément, il pouvait exiger à peu près tout de n'importe qui, y compris le filtrage, indique le droit belge. Mais, le problème ici est que le droit belge n'est pas autonome et il s'inscrit dans le droit européen. En l'occurrence, « le droit communautaire exige des États membres que, lors de la transposition des directives, ils veillent à se fonder sur l'interprétation de celles-ci qui permettent d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, mais également de ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tel que le principe de proportionnalité »<sup>128</sup>.

En clair, avant de rendre sa décision, la justice belge pose une question préjudicielle à la Cour européenne de justice, pour savoir si, à son échelle, ces mesures étaient compatibles avec le droit européen qui a une force juridique supérieure à celle du droit interne : le droit européen autorise-t-il 1) à identifier les fichiers échangés sur les réseaux et 2) à bloquer ces transferts lorsqu'ils sont illicites ? Dans l'affirmative, doit-il y avoir proportionnalité entre la mesure demandée et son efficacité pratique ?

La réponse à cette question préjudicielle<sup>129</sup> pourrait avoir un impact considérable sur l'ensemble des législations qui ont souhaité expérimenter le filtrage des contenus sur l'Internet.

---

128. Affaire C-275/06 : *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU* (demande de décision préjudicielle, introduite par le Juzgado de lo Mercantil n° 5 de Madrid), 29 janvier 2008, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0275:FR:HTML>>.

129. La question préjudicielle est une procédure spéciale qui intervient dans des procès nationaux. À cette occasion, une juridiction nationale a la possibilité de questionner la Cour de Justice de l'Union européenne pour connaître sa position sur une problématique déterminée. Le tribunal national n'est pas lié par la réponse, mais celle-ci sera à coup sûr celle rendue par la Cour européenne si la procédure remonte finalement jusqu'à elle.

### 3.3 Où en sommes-nous ?

En plus de la voie juridique, les acteurs du secteur ont souhaité coopérer pour résorber l'offre illégale sur l'Internet. Ainsi, déjà en 1999, un protocole de coopération a été signé entre l'association belge des fournisseurs d'accès Internet (ISPA) et les ministres de la Justice et des Télécoms. Cet accord prévoit entre autres des mécanismes de relais d'informations entre les deux instances et des mesures plus concrètes liées au blocage d'accès des contenus illicites sous l'égide de l'autorité judiciaire. Plus récemment, en 2005, l'ISPA et les représentants de l'industrie musicale (IFPI) ont conclu un accord visant à lutter contre la distribution illicite de musique en ligne au moyen des nouveaux groupes de discussion. Selon cet accord, l'IFPI peut solliciter de l'ISPA qu'elle bloque l'accès des groupes de discussion qui génèrent une quantité substantielle de contenus musicaux illicites ou de liens vers de tels contenus. Cette tendance se généralise en outre hors-Belgique, notamment en Grande Bretagne ou encore en France, avec les accords récents conclus entre la société *Daily Motion* et les sociétés de gestion des droits d'auteur, accords grâce auxquels ces sociétés pourront percevoir des droits pour les œuvres de leurs membres exploitées sur ce site de partage de vidéos.

Par ailleurs, la lutte contre la contrefaçon est abordée dans le plan d'action 2008-2009 pour la lutte contre la fraude fiscale et sociale présenté le 2 juillet 2008 par le secrétaire d'État pour la Coordination de la lutte contre la fraude qui milite pour une collaboration des services douaniers et les autres administrations fiscales avec des services dont la *Federal Computer Crime Unit* (FCCU) de la police fédérale et la cellule *Veille Internet* du ministère fédéral de l'Économie à cet effet<sup>130</sup>. À cet égard, la FCCU reçoit une quinzaine de plaintes par an et elle intervient directement chez les particuliers. Cette procédure particulièrement intrusive aboutit à des amendes allant de 500 à 500 000 euros d'amendes et à des peines d'emprisonnement. Malgré cette menace susceptible d'effrayer les internautes fraudeurs, les avertissements de ce genre sont rarement pris en considération par les utilisateurs qui savent que la justice ne dispose pas d'outils suffisants.

C'est pourquoi la Belgique veut aller plus loin en présentant un dispositif complet, spécifique et adapté pour lutter contre le téléchargement illégal.

---

130. Secrétariat d'État à la Coordination de la lutte contre la fraude – *Collège pour la lutte contre la fraude fiscale et sociale : plan d'action 2008 – 2009*, présenté le 2 juillet 2008, <[http://www.socialsecurity.fgov.be/docs/fr/news/actieplan\\_fraude\\_bestrijding\\_2008\\_2009\\_fr.pdf](http://www.socialsecurity.fgov.be/docs/fr/news/actieplan_fraude_bestrijding_2008_2009_fr.pdf)>.

C'est ainsi que le 7 février 2013, le sénateur et ministre d'État belge chargé des affaires économiques, monsieur Philippe Monfils, a déposé au Parlement fédéral une *Proposition de loi visant à promouvoir la création culturelle sur Internet en Belgique*, fortement inspirée de la riposte graduée française, et il souhaite qu'un débat ait également lieu en Belgique sur ce sujet. Ce projet de loi, qui est soumis au débat parlementaire fédéral belge, propose un système qui prévoit une réponse graduée face aux téléchargements illégaux par des titulaires d'un accès à un service de communication au public en ligne<sup>131</sup>. Ainsi, le mécanisme originel de la riposte graduée, unique en Belgique, comporte une première phase administrative, une seconde phase juridictionnelle et une riposte graduée qui passe d'abord par une amende, laquelle est ensuite couplée à une suspension progressive de l'accès à l'Internet.

Quatre étapes sont alors successivement mises en œuvre<sup>132</sup> :

1. Un avertissement est envoyé à l'internaute qui téléchargerait du contenu illégal par un courriel de mise en garde l'incitant à se diriger vers un site de téléchargement légal. Le contenu des œuvres concernées par cette infraction n'est pas divulgué. Comme avec l'HADOPI en France, le suspect doit demander à ce qu'on lui précise le nom du contenu piraté.
2. En cas de récidive dans les six mois, une amende dont le montant est déterminé par l'administration est imposée avec, en contrepartie, le renoncement à des poursuites pénales.
3. En cas de nouvelle récidive, le dossier est envoyé au Parquet qui pourra ordonner, au choix, *le classement sans suite, une transaction financière, la convocation du fautif avec médiation, la saisie du tribunal*. Dans ce dernier cas, le juge pourra condamner le récidiviste à une amende et ordonner la limitation du débit de l'abonnement à l'Internet concerné. Cette limitation laisse intactes toutes les autres utilisations de l'Internet, mais rend cependant tout téléchargement extrêmement difficile de manière telle que le titulaire fautif sera découragé de recourir à cette technique.

131. Voir *Lettre ouverte au Sénateur Philippe Monfils*, 7 février 2010, et réponse du Sénateur Monfils, 8 février 2010, <<http://desguin.net/spip/spip.php?breve82>>.

132. Texte de la proposition de loi soumise au Parlement fédéral belge, <<http://desguin.net/spip/spip.php?article188>> (texte commenté) et <[http://www.lesoir.be/mediastore/\\_2010/janvier/du\\_21\\_a\\_la\\_fin/telechargement.pdf](http://www.lesoir.be/mediastore/_2010/janvier/du_21_a_la_fin/telechargement.pdf)>.

4. En cas de troisième récidive, l'amende est doublée et l'accès à l'Internet peut être complètement suspendu (contrairement à la loi française)<sup>133</sup>.

Toutes les étapes peuvent faire l'objet d'un appel auprès du ministre compétent pour la première amende, sauf le premier avertissement.

Le régime belge ferait toutefois preuve de beaucoup plus de souplesse que celui en France. En effet, pour mettre en action les différentes étapes de sanction le texte ne crée pas d'autorité administrative (genre HADOPI) pour gérer les avertissements, mais il donne pouvoir à des agents commissionnés par le ministre chargé de l'Économie de constater les infractions et de demander aux FSI les coordonnées des abonnés suspects. Ce système est notamment utilisé pour lutter contre la piraterie et la contrefaçon (*Loi du 15 mai 2007 relative à la contrefaçon et à la piraterie des droits de propriété intellectuelle*).

Les agents ministériels seront dotés de pouvoirs d'investigation. Ils pourront décider d'amendes administratives dont le paiement éteint l'action publique. Ce sont eux qui transmettront, le cas échéant, les dossiers au Procureur du Roi si le titulaire commet une troisième infraction dans un délai de deux ans après la sanction encourue lors de la deuxième infraction. La proposition prévoit, à l'instar de la loi du 15 mai 2007 précitée, des agents qui recherchent et qui constatent des infractions et des agents qui décident de la sanction. Cependant, pour être applicable, la proposition de loi requerra le recrutement d'agents spécialement formés à la lutte contre les téléchargements illégaux. Mais ce n'est pas le législateur qui fixera les moyens pris par le pouvoir exécutif en vue de l'application de la loi. Un arrêté royal organisera la structure d'un service éventuel et il en fixera le cadre.

Par ailleurs, un ayant droit pourrait porter plainte contre le responsable de téléchargements illégaux. Le Procureur du Roi pourrait, dans le cadre de ses pouvoirs, prendre contact avec le Ministère compétent pour savoir si l'internaute fait déjà l'objet de mesures dans le cadre de la riposte graduée et décider soit du non-lieu, compte tenu de la procédure engagée par les agents commissionnés, soit de poursuivre quand même au pénal.

---

133. Voir Guillaume CHAMPEAU, « Hadopi belge : le débit bridé ou l'internet coupé par un juge », *Numerama*, 2 février 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/14993-hadopi-belge-le-debit-bride-ou-l-internet-coupe-par-un-juge.html>>.

Dans le même ordre d'idées, les intérêts civils des ayants droit sont indépendants de cette proposition de loi. Ainsi, un ayant droit peut parfaitement citer un titulaire au civil en demandant des dommages et intérêts pour téléchargement illégal lui causant préjudice, même si le train des sanctions prévues par la présente proposition de loi n'est pas engagé. S'il y a recours au tribunal lors de la troisième infraction, il est probable qu'il y aura, le cas échéant, constitution de partie civile.

Enfin, la proposition de loi prévoit la création d'un conseil consultatif composé de toutes les parties intéressées. Il assure le suivi de l'application de la loi, donne un avis préalable à toute réglementation et formule des propositions d'évaluation du système.

Cette proposition d'une réponse graduée à la belge a été abandonnée en 2010 à la suite du départ à la retraite politique du sénateur Monfils qui l'avait portée. Mais une contre-réponse graduée a été organisée par le sénateur Miller qui a déposé une proposition de loi visant à mieux protéger la création culturelle sur l'Internet<sup>134</sup>. Le système proposé s'articule pour l'essentiel autour de cinq piliers :

1. renforcer la lutte contre les sites pirates en imposant des mesures supplémentaires pour endiguer leur augmentation constante ;
2. fournir de l'information sur l'utilisation des offres en ligne licites et à les encourager afin de modifier le comportement des internautes ;
3. mettre en place un système d'opérateurs de bases de données permettant de mettre les créations à la disposition du public ;
4. permettre aux FSI de réfléchir aux conditions et aux limites du partage de contenus créatifs protégés par le droit d'auteur ; et
5. le plus important de tous, mettre en œuvre une politique de sanction en quatre étapes applicable aux internautes qui ne respectent pas les conditions et les limites imposées au partage de contenus créatifs protégés ou qui les téléchargent de manière illicite (articles 14 à 24).

---

134. *Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet*, Doc. Parl., Sénat, 2010-2011, n° 5-741/1, <<http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/5/article7.fr.html>>.

En clair, cette dernière proposition instaurait un mécanisme de réponse graduée en quatre étapes : l'envoi d'un avertissement à l'abonné par l'intermédiaire du FSI ; l'envoi d'une lettre recommandée reprenant les mentions de la première lettre et proposant à l'abonné le paiement d'une amende, si l'abonné commet une nouvelle infraction dans les six mois ; la transmission du dossier au Parquet si l'internaute récidive.

Le juge pouvait alors décider de condamner l'internaute à une amende et à une limitation de l'accès au service de communication au public en ligne. À la suite de l'audition des parties intéressées au Sénat le 11 mai 2011 et, notamment des ayants droit, le sénateur Miller a déposé un amendement visant à retirer de sa proposition ce volet de la « réponse graduée » par la suppression des articles 14 à 24. La « HADOPI belge » s'est ainsi trouvée amputée de sa partie répressive<sup>135</sup>. Elle a donc été enterrée, mais pas le filtrage qui, lui, demeure. En effet, les parlementaires belges ont accepté de renoncer à tout projet de riposte graduée en Belgique, mais ils n'ont pas fait l'impasse sur un accord de filtrage ou de bridage négocié entre les ayants droit et les FSI<sup>136</sup>.

### **3.4 Développements récents : l'affaire *Scarlet c. Sabam***

#### **3.4.1 L'avis de l'avocat général**

Le 14 avril 2011, l'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne a rendu ses conclusions dans l'affaire SABAM/Scarlet, qui posait la question de la légalité et des modalités du filtrage au regard du droit européen. Cette problématique implique la question de la protection des droits d'auteur, d'une part, et celle des données personnelles, d'autre part<sup>137</sup>.

Les conclusions de l'avocat général concernaient le litige opposant Scarlet, une FSI belge, et la SABAM, société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs. La SABAM envisageait l'application d'une arme issue du droit de la propriété intellectuelle belge selon laquelle « le président du tribunal de première instance et le président du

135. NURPA Bruxelles, *La HADOPI belge amputée de sa partie répressive*, 12 mai 2011, <<http://nurpa.be/actualites/2011/05/HADOPI-belge-amputee-partie-repressive.html>>.

136. Guillaume CHAMPEAU, « La Hadopi belge est enterrée, mais pas le filtrage », *Numerama*, 12 mai 2011, <<http://www.numerama.com/magazine/18776-la-hadopi-belge-est-enteree-mais-pas-le-filtrage.html>>.

137. Marc REES, « Filtrage et blocage généralisés déclarés illicites par l'avocat de la CJUE », *PC INpact*, 14 avril 2011, <<http://www.pcinpact.com/actu/news/63088-scarlet-sabam-filtrage-blocage-cjue.htm>>.



tribunal de commerce [ ] constatent l'existence et ordonnent la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin »<sup>138</sup>. Pour la SABAM, le juge pouvant ordonner tout et n'importe quoi pour stopper les échanges illicites, il doit pouvoir exiger le filtrage et le blocage de la part des FSI. Par conséquent, la SABAM réclamait un filtrage systématique, universel, permanent et perpétuel, dont la mise en place n'est assorti d'aucune garantie spécifique, en ce qui concerne notamment la protection des données personnelles et la confidentialité des communications, et contre lequel les internautes n'ont aucun moyen de contester le bien-fondé.

L'avocat général devait donc statuer sur les questions suivantes qui lui étaient posées : Quelle est la nature et les caractéristiques de la mesure à adopter (filtrage, blocage) ? Quelles sont les dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme* qui sont mises en cause ? Le cas échéant, comment marier le filtrage avec les droits fondamentaux ? Finalement, est-ce que le seul droit belge est prêt à valider ces mesures de blocage ?

Selon les conclusions de l'avocat général, le droit européen s'oppose bien à l'adoption par une juridiction nationale d'une mesure ordonnant à un FSI de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels P2P, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et, ensuite, de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête, soit à l'occasion de l'envoi.

Saluant cet avis qui a une portée européenne, la députée européenne Françoise Castex a déclaré<sup>139</sup> :

Cette décision fait largement écho au débat français relatif à l'instauration du filtrage. Ici ce sont les mesures de filtrage dans leur ensemble qui sont mises en cause en ce qu'elles restreignent les libertés des utilisateurs. C'est l'atteinte à la protection juridictionnelle efficace des utilisateurs concernés

138. Marc REES, « L'affaire SABAM/Scarlet, trouble-fête du filtrage version Hadopi », *PC INpact*, 14 avril 2011, <<http://www.pcinpact.com/news/63091-scarlet-sabam-cjue-filtrage-hadopi.htm>>.

139. Olivier CHICHEPORTICHE, « Pour l'Europe, le filtrage imposé aux FAI est contraire aux droits fondamentaux », *ZDNet France*, 14 avril 2011, <<http://www.zdnet.fr/actualites/pour-l-europe-le-filtrage-impose-aux-fai-est-contre-aux-droits-fondamentaux-39759976.htm>>.

qui est mise en défaut. Les mesures de filtrage ne doivent pas prendre les citoyens au dépourvu. Ceux-ci doivent pouvoir faire valoir leurs droits fondamentaux en ayant notamment la possibilité de contester les mesures mises en place !

Faisant suite à cet avis, les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont confirmé les conclusions de l'avocat général dans un arrêt rendu le 24 novembre 2011<sup>140</sup>.

### **3.4.2 L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne : interdiction de tout filtrage sur Internet pour motif de protection des droits d'auteur**

Dans son arrêt<sup>141</sup>, la Cour rappelle, tout d'abord, que les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent demander qu'une ordonnance soit rendue à l'encontre des intermédiaires, tels que les FSI, dont les services sont utilisés par des tiers pour porter atteinte à leurs droits. En effet, les modalités des injonctions relèvent du droit national. Toutefois, ces règles nationales doivent respecter les limitations découlant du droit de l'Union européenne dont, notamment, l'interdiction prévue par la *Directive sur le commerce électronique*<sup>142</sup> selon laquelle les autorités nationales ne doivent pas adopter des mesures qui obligeraient un fournisseur d'accès à Internet à procéder à une surveillance générale des informations qu'il transmet sur son réseau.

À cet égard, la Cour constate que l'injonction en question obligerait Scarlet à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données de tous ses clients afin de prévenir toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Il s'ensuit que l'injonction imposerait une surveillance générale qui est incompatible avec la directive sur le commerce électronique.

---

140. Guillaume CHAMPEAU, « Affaire SABAM : Grande victoire contre le filtrage généralisé en Europe ! », *Numerama*, 24 novembre 2011, <<http://www.numerama.com/magazine/20696-affaire-sabam-grande-victoire-contre-le-filtrage-genera-lise-en-europe.html>>.

141. Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Demande de décision préjudicielle : Cour d'appel de Bruxelles – Belgique, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=c-70/10>>.

142. *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 (JO L 178, p. 1)*.

De plus, une telle injonction ne respecterait pas les droits fondamentaux applicables.<sup>143</sup>

Certes, la protection du droit de propriété intellectuelle est consacrée par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Cela étant, il ne ressort nullement de la Charte, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue. Or, en l'occurrence, l'injonction de mettre en place un système de filtrage implique de surveiller, dans l'intérêt des titulaires de droits d'auteur, l'intégralité des communications électroniques réalisées sur le réseau du FSI concerné, cette surveillance étant en outre illimitée dans le temps. Ainsi, une telle injonction entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise de Scarlet, puisqu'elle l'obligerait à mettre en place un système informatique complexe, coûteux et permanent à ses seuls frais.

De plus, les effets de l'injonction ne se limiteraient pas à Scarlet, le système de filtrage étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des clients de Scarlet, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel, ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Il est manifeste que, d'une part, cette injonction impliquerait une analyse systématique de tous les contenus, de même que la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau, ces adresses étant des données protégées à caractère personnel, et que, d'autre part, l'injonction risquerait de porter atteinte à la liberté d'information, puisque ce système risquerait de ne pas faire de distinction suffisante entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite.

Par conséquent, la Cour de Justice de l'Union européenne constate qu'en adoptant l'injonction obligeant Scarlet à mettre en œuvre un tel système de filtrage, le juge national ne respecterait ni l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations<sup>144</sup>.

143. Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse 128-11 (24 novembre 2011), <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-11/cp110126fr.pdf>>.

144. Guillaume CHAMPEAU, « Affaire SABAM : Grande victoire contre le filtrage généralisé en Europe! », *Numerama*, 24 novembre 2011, <<http://www.numerama>>.

Dès lors, la Cour répond que le droit de l'Union s'oppose à une injonction ordonnant à un FSI de mettre en place un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, lequel s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs et sans limitation dans le temps<sup>145</sup>.

### 3.5 Conclusion

On constate que, tout comme la France ou le Royaume-Uni, la Belgique n'est pas restée à l'abri des débats passionnés sur la riposte graduée, en attendant que l'Union européenne se prononce. Cependant, il existe une réelle volonté politique de coordination entre les services compétents, au niveau fédéral, visant à endiguer le piratage en ligne. Face à ce phénomène complexe de téléchargement non autorisé de contenus protégés sur l'Internet appelé à évoluer impunément si rien n'est entrepris, il reste urgent de trouver une solution commune, équilibrée, durable et efficace permettant en outre la promotion d'offres légales attrayantes. Pour ce faire, une telle solution s'avère pour la Belgique être du ressort des instances européennes dont elle attend une réaction rapide qui pourrait, à terme, supplanter toutes les initiatives nationales ponctuelles inconciliables avec un instrument tel que l'Internet.

## 4. LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE ALLEMANDE

### 4.1 Quel cadre juridique pour le téléchargement sur Internet en Allemagne ?

Le droit de la propriété intellectuelle allemand est défini en grande partie dans la *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins* et la *Loi sur la gestion des droits d'auteur et des droits voisins du 9 septembre 1965*, actualisées en 1998<sup>146</sup>. Ce cadre juridique protège au même titre le droit d'auteur et les données personnelles. Il n'y a donc pas de démarche législative de type HADOPI, comme en France.

---

com/magazine/20696-affaire-sabam-grande-victoire-contre-le-filtrage-generale-en-europe.html>.

145. Communiqué de presse n° 126/11 de la CJUE : *Arrêt dans l'affaire C-70/10 Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, Luxembourg, 24 novembre 2011, <<http://science21.blogs.courrierinternational.com/archive/2011/11/26/justice-europeenne-internet-et-droit-d-auteur-i.html>>.

146. *Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965*, <<http://archivjura.uni-saarland.de/BIJUS/urheberrecht/>>.

Cependant, l'enregistrement et la communication de données personnelles se heurtent au cadre législatif définissant le secret des télécommunications, ainsi qu'au « droit fondamental des technologies de l'information », qui garantit la confidentialité et l'intégrité des systèmes informatiques. Ainsi, la législation sur les télécommunications fixe une liste limitative de cas où les données personnelles peuvent être communiquées, mais les atteintes aux droits de propriété intellectuelle n'en font pas partie. Les fournisseurs de services Internet (FSI) s'abritent, quant à eux, derrière la directive *e-commerce* qui leur interdit de surveiller leurs clients, pour refuser de communiquer ces données. Ce faisant, les ayants droit ont pour seul recours de porter plainte devant les tribunaux civils en cas de violation du droit d'auteur. Pour identifier le contrevenant, et non pas seulement l'abonné qui se cache derrière une adresse IP, il faut entreprendre une procédure pénale. L'encombrement du système judiciaire souligne la nécessité de trouver une solution alternative.

À cette fin, une seconde réforme du droit d'auteur est intervenue en Allemagne, réforme qui vient transposer la directive européenne de 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Cette loi, adoptée en avril 2006, et effective depuis janvier 2007, autorise la copie privée d'œuvres protégées par les droits d'auteurs disponibles sur l'Internet, à l'exception des téléchargements ouvertement illicites, et elle punit sévèrement les internautes pris en flagrant délit de téléchargement illégal. Selon cette loi, le téléchargement et la mise à disposition des fichiers protégés par le droit d'auteur sur les réseaux P2P constituent un délit ; les internautes en infraction risqueront jusqu'à trois ans de prison s'il n'y a pas d'utilisation commerciale de ces fichiers et jusqu'à cinq ans s'ils en font commerce.

Les associations de consommateurs se sont levées contre le texte et, plus précisément, contre la disposition pénale adoptée par le gouvernement sous la pression de l'industrie culturelle. Celle-ci, en l'occurrence la *Fédération internationale de l'industrie phonographique allemande* (IFPI en anglais), rappelle qu'en Allemagne les ventes de CD auraient chuté de plus de 30 % en cinq ans, mauvais résultat dont elle rend le téléchargement illégal responsable. Ce seraient ainsi quelque 400 millions de fichiers protégés qui auraient été téléchargés illégalement en 2005 sur les réseaux P2P, dont 20 millions de films. L'IFPI conclut que le piratage est ainsi devenu une pratique très répandue en Allemagne<sup>147</sup>. Une pratique que le gouvernement veut

147. Voir les déclarations de Michael Haentjes, porte-parole de l'IFPI à, <<http://www.ifpi.org/site-content/press/20060523.html>>.

tenter de freiner le plus possible en se dotant notamment de cette nouvelle loi pénalisant lourdement toute personne prise en flagrant délit de téléchargement illégal.

Même si le gouvernement allemand a mis en place une législation réprimant le téléchargement illégal, il s'est toutefois refusé à adopter un système de riposte graduée à l'encontre des activités illégales de téléchargement sur l'Internet. La position du gouvernement allemand sur ce sujet a été portée par la ministre fédérale de la Justice, Brigitte Zypries, qui s'est d'ailleurs exprimée de façon significative sur l'opposition ferme de l'Allemagne quant à l'instauration d'une riposte graduée à la française : « Je ne pense pas que (la Riposte graduée) soit un schéma applicable à l'Allemagne ou même à l'Europe. Empêcher quelqu'un d'accéder à l'Internet me semble être une sanction complètement déraisonnable », a-t-elle déclaré<sup>148</sup>.

Dès l'automne 2008, elle avait émis de sérieux doutes sur le modèle français, ce dernier constituant, selon elle, une infraction aux dispositions locales de protection des données et au secret des télécommunications. À la suite d'entretiens confidentiels à Berlin, le 27 janvier 2009, avec les représentants des plus gros FSI, le syndicat fédéral de l'industrie musicale, et l'association *eco*<sup>149</sup>, qui représente un certain nombre d'acteurs de l'Internet, toutes ces parties sont tombées d'accord sur le fait que la mise en place d'un système qui prévoit l'envoi d'avertissements, puis la coupure de l'accès à l'Internet en cas de récidive, n'est pas d'actualité.

C'est ainsi que le 3 mars 2009 la ministre rejetait le principe de la riposte graduée en expliquant : « Je pense que le blocage de l'accès à l'Internet est une sanction tout à fait inacceptable. Elle serait, constitutionnellement et politiquement, très difficile à faire accepter », tandis que, de son côté, le syndicat fédéral de l'industrie musicale déplorait qu'« il n'y ait qu'en Allemagne que cette question n'avance pas », alors que « de plus en plus de pays de l'UE et du monde entier voient dans l'envoi d'avertissements en liaison avec des sanctions un moyen efficace d'endiguer le piratage sur l'Internet »<sup>150</sup>.

Lors des négociations d'octobre 2009 pour former un gouvernement de coalition qui a reconduit au pouvoir l'ancien gouvernement

148. *Exklusiv : Bundesjustizministerin Zypries zu Olivenne und Internetsperrungen*, Johnny Haeusler, 2 février 2009, <<http://www.spreeblick.com/2009/02/02/exklusiv-bundesjustizministerin-zypries-zu-olivenne-und-internetsperrungen/>>.

149. Voir le portail de l'association à <<http://www.eco.de/>>.

150. Astrid GIRARDEAU, « L'Allemagne rejette la riposte graduée », *Écrans*, 4 février 2009, <<http://www.ecrans.fr/L-Allemagne-rejette-la-riposte,6343.html>>.

(CDU (conservateurs) et FDP (libéraux), la coalition a rejeté en bloc l'idée d'appliquer le modèle français de la riposte graduée et elle a indiqué qu'aucune proposition ne sera déposée dans ce sens au cours des quatre prochaines années. La coalition préfère intervenir sur les relations entre les titulaires des droits d'auteur et les FSI, estimant qu'il existe des moyens plus efficaces pour lutter contre la violation du droit d'auteur sur Internet »<sup>151</sup>.

## 4.2 Des réponses judiciaires : une évolution en dents de scie

La polémique sur les droits d'auteur fait rage en Allemagne depuis que le gouvernement a adopté cette seconde réforme du droit d'auteur qui, manifestement, privilégie la voie pénale pour punir lourdement les internautes pirates. Mais cette procédure pénale semble n'être qu'un mécanisme qui évolue en dents de scie.

### 4.2.1 La voie pénale

Depuis 2004, plusieurs milliers d'actions en justice ont été intentées en Allemagne à cause de mises à disposition illégales d'œuvres sur des plateformes de téléchargement (P2P). Elles ont débouché sur plusieurs centaines de règlements amiables et le versement d'amendes allant de 1 000 à 15 000 euros. La plus médiatisée de ces affaires est celle dans laquelle, après deux ans de procès, le site allemand de sauvegarde et de partage de fichiers en ligne, *RapidShare.com*, hébergé en Suisse, s'est vu condamner par la justice allemande (le tribunal régional de Hambourg) pour avoir partagé illégalement 5 000 fichiers musicaux protégés par le droit d'auteur gérés par la GEMA, la société bavaroise de gestion des droits des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. L'entreprise RapidShare a été contrainte par la justice allemande à retirer sans délai de ses serveurs les 5 000 fichiers musicaux, de même qu'elle a été enjointe de filtrer obligatoirement ses contenus<sup>152</sup>.

De plus, bien que ni la GEMA, ni la justice allemande, ni RapidShare ne sachent comment détecter les contenus illicites parmi

151. Stefan KREMPPL, « Schwarz-Gelb gegen Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen », *Heise Online*, 19 octobre 2009, <<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Schwarz-Gelb-gegen-Internetsperren-bei-Urheberrechtsverletzungen-832715.html>>.

152. Voir Bettina MÜLLER, *GEMA schafft den Durchbruch im Kampf gegen die Online-Piraterie : Urteil gegen RapidShare AG (Wert von 24 Mio. Euro)*, Munich, 23 juin 2009, <[http://www.gema.de/en/press/press-releases/press-release/?tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=841&tx\\_ttnews\[backPid\]=76&cHash=b3aebfbde0](http://www.gema.de/en/press/press-releases/press-release/?tx_ttnews[tt_news]=841&tx_ttnews[backPid]=76&cHash=b3aebfbde0)>.

les nombreuses archives chiffrées et protégées par un mot de passe mises en ligne chaque jour, RapidShare doit désormais s'assurer que les contenus illégaux présents sur son site soient rapidement bannis et prendre soin de vérifier qu'ils ne soient pas partagés une nouvelle fois par ses quatre millions de visiteurs mensuels.

Même si la justice allemande n'a pas condamné RapidShare à une quelconque amende, elle a estimé que les 5 000 morceaux de musique partagés illégalement sur sa plateforme représentaient un préjudice de l'ordre de 24 millions d'euros pour les 60 000 ayants droit représentés par la GEMA.

RapidShare se dit impuissante à tout filtrer et à garantir l'absence de fichiers illégaux sur ses serveurs<sup>153</sup>, et elle pourrait donc faire appel de cette décision en faisant valoir son statut d'hébergeur, qui le décharge de toute responsabilité quant aux fichiers qu'elle met à la disposition des internautes. Mais, comme l'explique son directeur, RapidShare souhaite davantage la mise en place d'un compromis entre ce type de sites et les ayants droit, compromis qui permettrait d'offrir aux internautes des offres de musique au meilleur prix « pour créer une nouvelle source de revenus pour les acteurs du marché de la musique sur l'Internet »<sup>154</sup>.

#### **4.2.2 Du filtrage de la Toile pour cause de lutte contre la pédopornographie au blocage des sites Internet pour téléchargement de contenus protégés**

Alors que le filtrage de la Toile est annoncé en France avec la future législation sur la programmation pour la performance de la sécurité intérieure<sup>155</sup> (*Loppsi*), le filtrage semble faire polémique en Allemagne qui, après le Danemark, la Finlande, la Grande-Bretagne, ou encore Monaco<sup>156</sup>, vient s'ajouter à la liste des pays qui, en Europe, cherchent à censurer l'accès à certains sites Internet sous prétexte

153. Voir *Le Journal du Net*, 25 juin 2009, « La justice allemande épingle l'hébergeur Rapidshare », <<http://www.journaldunet.com/ebusiness/breve/international/40238/la-justice-allemande-epingle-l-hebergeur-rapidshare.shtml>>.

154. Lire Anne CONFOLANT, « Piratage : RapidShare condamné à filtrer ses contenus », *ITespresso.fr*, 25 juin 2009, <<http://www.itespresso.fr/piratage-rapidshare-condamne-a-filtrer-ses-contenus-30186.html>>.

155. Voir dossier dans *Numerama*, <<http://loppsi.numerama.com>>.

156. Selon le site Numérama du 10 juin 2009, la Principauté de Monaco a demandé aux FSI de bloquer l'accès aux sites Internet dont la liste est fournie par l'Internet Watch Foundation, une fondation britannique de protection de l'enfance sur Internet, <<http://www.numerama.com/magazine/13105-La-principaute-de-Monaco-bloque-l-acces-a-des-sites-internet.html>>.



de lutter contre la pédopornographie. La ministre des Affaires familiales allemande, Ursula von der Leyen, a défendu le 18 juin 2013 au *Bundestag* un projet de loi qui prévoit faire obligation aux FSI de bloquer sans contrôle d'un juge, l'accès à des sites dont la liste sera établie par l'Office fédéral allemand de la police criminelle (le BKA). Cinq opérateurs représentant les trois quarts du marché allemand des télécoms avaient accepté en avril 2013 le principe de la loi<sup>157</sup>, depuis très contestée par les internautes allemands<sup>158</sup>. Malgré la très forte opposition manifestée par ces derniers<sup>159</sup>, le projet de loi a été finalement adopté par 389 voix contre 128.

La vive opposition des internautes contre cette loi s'explique par le fait qu'ils sont nombreux à suspecter que le filtrage ne concerne dans un premier temps que la pédophilie afin de s'assurer du soutien populaire des familles, mais qu'ensuite, la liste des sites bloqués sera étendue en modifiant la loi, lorsque le principe du blocage sera introduit. À cet égard, des responsables politiques allemands ont déjà évoqué la possibilité de bloquer des sites de jeux d'argent en ligne, des sites de propagande islamistes, des sites de jeux vidéo violents ou des sites de piratage. Par ailleurs, s'il n'y a pas de publication de la liste des sites filtrés, les dérives sont inévitables. Elles ont déjà été constatées en Australie, qui connaît le même type de blocage, ou en Finlande<sup>160</sup>. D'autres opposants estiment que le blocage des sites par DNS (système de noms de domaine) est tout simplement inefficace, puisqu'il suffit aux pédophiles de changer de serveur DNS en adoptant un serveur hébergé à l'étranger.

---

157. Voir Guillaume CHAMPEAU, « Filtrage : accord des FAI en Allemagne », *Numerama*, 27 avril 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12760-Filtrage-accord-des-FAI-en-Allemagne-Rapidshare-bientot-bloque.html>>.

158. Voir Markus BECKEDAH, « The Dawning of Internet Censorship in Germany », 16 juin 2009, <<http://www.netzpolitik.org/2009/the-dawning-of-internet-censorship-in-germany>>.

159. Le site du Bundestag, qui permet aux citoyens allemands d'ouvrir des pétitions, a été submergé par plus de 130 000 signatures collectées contre le projet de loi depuis le 22 avril, dont 50 000 les trois premiers jours. Plus de 500 personnes se sont également rendues à la conférence de presse donnée par le gouvernement pour manifester leur mécontentement devant les médias : voir Deutscher BUNDESTAG, *Petition: Internet – Keine Indizierung und Sperrung von Internetseiten*, 22 avril 2009, <<http://web.archive.org/web/20131023050217/https://epetitionen.bundestag.de/index.php?action=petition;sa=details;petition=3860>>.

160. Voir Guillaume CHAMPEAU, « Filtrage : la blacklist australienne ne contiendrait pas que des sites pédophiles », *Numerama*, 20 mars 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12378-Filtrage-la-blacklist-australienne-ne-contiendrait-pas-que-des-sites-pedophiles.html>>.

### 4.3 La grogne des professionnels du livre : pas d'avenir sans sécurité juridique

Les professionnels du livre en Allemagne ont lancé l'*Appel de Heidelberg* lors de leur assemblée générale à Berlin, le 21 juin 2009, visant la défense de la propriété intellectuelle et l'octroi d'une protection des ouvrages face à l'arrivée du numérique. De plus, les éditeurs, les librairies et les libraires intermédiaires ont manifesté une fois de plus leurs inquiétudes vis-à-vis du règlement *Google Books*, demandant que l'on se montre particulièrement vigilant sur ces questions et prenant à partie le gouvernement sur ces problématiques. Lors du Salon du livre de Leipzig à la mi-mars 2009, le directeur du syndicat des éditeurs, Alexander Skipis, aurait décrit le système de P2P comme un *crime organisé*, et en aurait appelé pour que les FSI soient impliqués dans cette lutte contre le piratage. Selon les professionnels allemands du livre, il ne saurait exister d'avenir pour le numérique *sans une sécurité juridique* construite autour du respect de la propriété intellectuelle. Le gouvernement fédéral est dès lors invité à prendre part à la défense de la production de l'édition nationale, alors que les éditeurs sont confrontés à une dramatique dégradation de conditions de la création et la diffusion de livres de qualité. Une résolution votée durant l'assemblée de Berlin atteste de la volonté de ces professionnels de voir se développer un système juridique solide pour assurer la pérennité des droits de propriété intellectuelle sur l'Internet<sup>161</sup>.

En définitive, au regard du chemin pris par l'Allemagne, avec en point d'orgue le filtrage de l'Internet à la façon de *Loppsi* reposant sur le prétexte de la lutte contre la pédopornographie, le constat est que les pouvoirs publics allemands ne semblent guère pressés d'aller au-delà de la simple prospective en matière de répression du téléchargement illégal sur l'Internet, même si la Fédération allemande de l'industrie musicale (BVMI – *Bundesverband Musikindustrie*) affiche un enthousiasme certain pour l'instauration d'une HADOPI, version allemande<sup>162</sup>.

### 4.4 Où en sommes-nous ?

Alors que les différentes industries cinématographiques et musicales attendaient encore de connaître le positionnement de

161. Voir « Resolution der Hauptversammlung: "Keine Zukunft ohne Rechtssicherheit" », *Boersenblatt*, 19 juin 2009, <<http://www.boersenblatt.net/326041/>>.

162. Voir Julien LAUSSON, « L'industrie du disque allemande veut sa loi Hadopi », *Numerama*, 25 septembre 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/14082-l-industrie-du-disque-allemande-veut-sa-loi-hadopi.html>>.

l'Allemagne sur le piratage, la coalition gouvernementale issue des élections fédérales du 27 septembre 2009 s'était prononcée contre la déconnexion des internautes. Si celle-ci considère que l'Internet ne doit pas être une zone de « non-droit », elle estime toutefois que la protection de la propriété intellectuelle ne doit pas empiéter sur les droits fondamentaux des citoyens allemands. Cependant, ne pas criminaliser le téléchargement illégal ne signifie pas pour autant que le gouvernement ait signé un chèque en blanc pour le piratage en Allemagne<sup>163</sup>.

À cet égard, la ministre fédérale de la Justice, Brigitte Zypries, avait donné un sérieux coup de frein à l'arrivée de la riposte graduée en Allemagne, douchant ainsi les prétentions de la filière culturelle d'outre-Rhin. Pour la ministre, le modèle français de riposte graduée instauré par l'Hadopi n'est un modèle ni pour l'Allemagne, ni pour toute l'Europe. Un tel mécanisme ne serait pas conforme à la législation allemande, car il porterait atteinte à l'article 5 de la Constitution allemande, article qui garantit la liberté d'information et de communication, ainsi que la liberté d'expression. De plus, selon la ministre de la Justice, la sanction du blocage de l'accès à l'Internet serait constitutionnellement et politiquement très contestable<sup>164</sup>.

De même, lors des discussions secrètes liées au traité commercial anti-contrefaçon (ACTA – *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) sur l'application des droits de propriété intellectuelle dans la sphère numérique et des libertés sur l'Internet, où chaque pays y va d'une approche sensiblement différente des autres sur la question des droits d'auteur, la France y exporte son concept de riposte graduée, tandis que l'Allemagne refuse une telle législation. En effet, le gouvernement fédéral allemand considère que l'ACTA ne devrait pas affecter la législation communautaire actuelle de l'Union européenne, notamment les éléments de la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique. En outre, il rejette l'idée du blocage de l'Internet dans des cas relevant de l'infraction au droit d'auteur, cela étant considéré comme une approche erronée de la lutte contre le piratage<sup>165</sup>.

163. Voir Marc REES, « Le gouvernement de coalition allemand rejette la riposte graduée », *PC INpact*, 20 octobre 2009, <<http://www.pcinpact.com/actu/news/53692-amendement-138-riposte-graduee-allemande.htm>>.

164. Marc REES, « Le gouvernement de coalition allemand rejette la riposte graduée », *PC INpact*, 20 octobre 2009, <<http://www.pcinpact.com/news/53692-amendement-138-riposte-graduee-allemande.htm>>.

165. *European Digital Rights: Response of the Federal Government to the Parliamentary Question on the current state of the negotiations on the International Anti-Piracy Agreement* (« Anti-Counterfeiting Trade Agreement » – ACTA), traduction non officielle, Référence 17/63, <[http://www.edri.org/files/german\\_parliament\\_acta\\_translation.pdf](http://www.edri.org/files/german_parliament_acta_translation.pdf)>.

Cette position a été effectivement défendue par le gouvernement allemand durant les négociations de l'ACTA, portant ainsi un dur coup à l'une des dispositions majeures du traité, à savoir le déploiement de la riposte graduée en vue de punir les internautes suspectés d'enfreindre le droit d'auteur<sup>166</sup>.

Par ailleurs, les ministères allemands de l'Économie, de la Culture et de la Justice ont opté pour des rencontres régulières entre experts représentant les FSI et les ayants droit. C'est ainsi que des groupes de travail thématiques ont été formés le 27 octobre 2009 dans le but de proposer des solutions sur le développement de l'offre légale de contenus et la réduction des téléchargements illégaux, solutions qui ont été présentées à l'occasion du CeBIT<sup>167</sup> tenu à Hanovre du 2 au 6 mars 2010.

Il ressort de la série de rencontres organisées depuis que le gouvernement allemand prévoit l'élaboration rapide d'une troisième loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information. Dans sa démarche, il privilégie nettement les possibilités d'autorégulation associant les ayants droit et les FSI, mais en excluant tout projet législatif de blocage de l'Internet en cas de violation du droit d'auteur.

#### 4.5 Développements récents

Jusqu'à-là hostile à la réponse graduée, l'Allemagne semblait rejeter la mise en œuvre d'un mécanisme de filtrage à la française. Or, en mai 2011, lors de la tenue d'une réunion du Parti démocrate-chrétien allemand (CDU), Bernd Neumann, ministre d'État auprès

---

166. L'ACTA vise à établir des standards internationaux pour renforcer la propriété intellectuelle et pour lutter contre la contrefaçon. Promu par les États-Unis, il milite pour étendre à l'échelle planétaire le DMCA américain (*Digital Millennium Copyright Act*), le mécanisme de la riposte graduée, ainsi que le principe du *Notice & Take Down* (avis et retrait). Le projet en cours appelle à l'adoption de dispositifs de « riposte graduée » et de filtrage de contenus en tentant d'imposer la responsabilité civile et pénale des intermédiaires techniques, tels que les FSI. De plus, le texte pourrait radicalement mettre en cause l'exercice de l'interopérabilité, qui est essentiel à la fois aux droits des consommateurs et à la compétitivité. Voir le dossier de *La Quadrature du net* de mars 2010, <<http://web.archive.org/web/20130503182729/http://donjipez.posterous.com/la-quadrature-du-net-bilan-mars-2010-acta-et>>.

167. Le CeBIT (acronyme allemand de *Centrum für Büroautomation, Informations-technologie und Telekommunikation* (en français, Salon des technologies de l'information et de la communication) est le plus grand salon des technologies de l'information au monde. Il se tient depuis 1986 au Parc d'exposition de Hanovre, en Allemagne. Voir le portail du Salon : CeBIT Global Conférences, 2 au 6 mars 2010, Hanovre, Allemagne, <[http://www.cebit.de/cgc\\_e](http://www.cebit.de/cgc_e)>.

du Chancelier fédéral allemand et Commissaire du gouvernement fédéral à la Culture et aux Médias, annonçait une réforme des lois relatives aux droits d'auteur par laquelle les autorités allemandes envisageaient de se doter d'un mécanisme de réponse graduée proche de la Hadopi française<sup>168</sup>. Le ministre déclarait qu'il était nécessaire pour les FSI de « prendre leurs responsabilités ». Par la même occasion, il annonçait qu'il rejetait la proposition de licence globale, système qu'il juge inapplicable et anticonstitutionnel<sup>169</sup>.

En plus de cette volonté de l'Allemagne de se lancer dans le système de la réponse graduée, la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) a décidé en 2012 que les FSI devaient fournir les noms et adresses des internautes qui partageaient illégalement des fichiers protégés par le droit d'auteur, et ce, à la demande des ayants droit, même si ces échanges étaient réalisés hors du champ commercial<sup>170</sup>.

En septembre 2012, le Conseil des ministres fédéral allemand a adopté un projet de loi, révisé plusieurs fois par le ministère de la Justice. Cette loi portant sur le droit de la protection des services (*Leistungsschutzrecht*) vise les moteurs de recherche et les *prestataires de services commerciaux qui proposent des contenus sur l'Internet à la manière d'un moteur de recherche*, à savoir les agrégateurs qui regroupent des liens et des articles d'actualité sur un sujet donné. Désormais, ces fournisseurs de services devront demander aux maisons d'édition l'autorisation d'utiliser les contenus publiés sur leur site et devront également leur verser des droits d'exploitation<sup>171</sup>.

## 5. L'ESPAGNE

### 5.1 Le contexte espagnol

Considérée jusque-là comme le sanctuaire du partage non autorisé d'œuvres protégées, l'Espagne était devenue une figure emblématique de l'impunité de l'internaute qui télécharge des fichiers

---

168. Wolfgang SPAHR, *German Culture Minister Announces Copyright Reform*, 27 mai 2011, <<http://www.billboard.biz/bbbiz/industry/publishing/german-culture-ministerannounces-copyright-1005206402.story>>.

169. « L'Allemagne envisage un système de riposte graduée », *Le Monde*, 30 mai 2011, <[http://web.archive.org/web/20110819215453/http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/05/30/telechargement-l-allemande-envisage-un-syste-me-de-riposte-graduee\\_1529266\\_651865.html](http://web.archive.org/web/20110819215453/http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/05/30/telechargement-l-allemande-envisage-un-syste-me-de-riposte-graduee_1529266_651865.html)>.

170. Iona SILVERMAN, « More on File Sharing – German ISPs Must Disclose File Sharer Details », *The 1709 Blog Squad*, 16 août 2012, <<http://the1709blog.blogspot.com/2012/08/more-on-file-sharing-german-isps-must.html>>.

171. « Droit d'auteur en Allemagne », *La Fonderie*, 8 septembre 2012, <<http://www.lafonderie-idf.fr/droit-dauteur-en-allemande-6110.html>>.

cinématographiques et musicaux sur des sites P2P. En cela, l'application de la *Circulaire 1/2006 relative aux délits contre les droits de propriété intellectuelle*, adoptée à la suite de la réforme du Code pénal de 2003, ne pénalisait pas l'internaute qui téléchargeait illégalement des fichiers, bien qu'elle qualifiait de délit les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où la circulaire disposait que « l'échange de fichiers protégés par le droit d'auteur est licite si celui-ci n'est pas à but lucratif »<sup>172</sup>.

Dans une décision de novembre 2006, le juge Paz Aldecoa de la Cour pénale de Santander estimait que télécharger et partager de la musique sur l'Internet n'était pas illicite tant que cela était réalisé à des fins personnelles et donc sans but lucratif<sup>173</sup>. Le téléchargement est depuis considéré en Espagne comme un droit à la copie privée (article 31 de la législation relative à la propriété intellectuelle). En échange, les Espagnols payent une redevance sur un ensemble de supports (CD, DVD, téléphones portables, etc.).

S'appuyant sur cette jurisprudence, un juge a rejeté, dans une décision du tribunal correctionnel de Pampelune rendue en mai 2009, une plainte déposée contre un individu qui avait téléchargé et mis à disposition sur l'Internet 3 322 films protégés par le droit d'auteur. Le juge a reconnu que l'internaute a bien téléchargé les fichiers *sans le consentement des détenteurs des droits d'auteur* entre 2003 et 2004. Mais il estimait qu'il n'était pas coupable de contrefaçon à partir du moment où il l'avait fait pour *un usage privé ou le partager avec d'autres utilisateurs de l'Internet*, le requérant n'ayant pas réussi à fournir de preuves démontrant que l'accusé avait tiré un quelconque avantage économique de cette pratique<sup>174</sup>.

Toujours d'après la justice espagnole, les sites proposant des liens *Torrent* (*eDonkey*, *BitTorrent*, etc.) sont légaux et les fournisseurs d'accès à l'Internet ne sont pas obligés de fournir aux ayants droit des informations sur leurs clients présumés coupables de contrefaçon. Bien plus, une décision de la Cour provinciale de Madrid, jugée favorable aux échanges P2P, statuait qu'« offrir des liens *eDonkey* vers des fichiers protégés par le droit d'auteur n'était pas illégal ». Les juges

172. Voir Marc REES, « Hadopi : la riposte graduée française, une riposte isolée », *PC INpact*, 29 décembre 2009, <<http://www.pcinpact.com/news/54738-riposte-graduee-france-droit-compare.htm>>.

173. SMARAN, « Spanish judge: Non-commercial filesharing is legal », *TorrentFreak*, 3 novembre 2006, <<http://torrentfreak.com/spanish-judge-non-commercial-file-sharing-is-legal>>.

174. EFE, « Absuelto de un delito de propiedad intelectual porque "no hubo ánimo de lucro" », *20 Minutos*, 29 mars 2009, <<http://www.20minutos.es/noticia/471316/0/delito/propiedad/intelectual>>.

concluaient que le simple fait de placer, à la manière d'un moteur, des liens (*eD2k links*) ne pouvait être considéré comme une violation du droit d'auteur, car il n'y a pas de communication et d'hébergement de l'œuvre « linkée »<sup>175</sup>. Selon les juges, tant qu'aucun but commercial ne peut être prouvé, les opérateurs de sites de liens vers des fichiers protégés restent dans la plus totale légalité et les réseaux P2P sont autorisés. De plus, les publicités sur un site Internet ne sont pas non plus constitutives de preuve d'un but commercial puisqu'elles servent à payer les frais de serveur, de référencement et d'autres coûts qu'engendre un site Internet<sup>176</sup>. Ceci a fait dire que l'Espagne bénéficiait, en Europe, de la loi et des juges les plus libéraux en ce qui concerne le téléchargement d'œuvres protégées par la propriété intellectuelle, puisque ceux-ci s'étaient fait remarquer pour leur bienveillance vis-à-vis des échanges non commerciaux sur l'Internet<sup>177</sup>.

Cette situation devait cependant changer rapidement lorsque, le 30 avril 2009, un rapport du Département du Commerce des États-Unis (*Office of the United States Trade Representative – USTR*) accusait l'Espagne de ne prendre aucune mesure significative pour freiner le téléchargement illégal de fichiers<sup>178</sup>. De fait, l'Espagne, considérée comme le paradis de la piraterie sur l'Internet<sup>179</sup> et étiquetée comme une menace majeure pour l'industrie américaine du divertissement, demeurera pour une deuxième année consécutive sur la *Watch List*

- 
175. Marc REES, « Les sites de liens P2P sont légaux, affirme la justice espagnole », *PC INpact*, 22 septembre 2008, <<http://www.pcinpact.com/news/46144-share-mula-P2P-liens-edonkey-justice.htm>>.
176. La jurisprudence espagnole est bien établie avec l'affaire CVCDGO, dans Almeida Abogados Asociados, *Caso CVCDGO, página de enlaces: la Audiencia Provincial de Madrid confirma el auto de archivo*, 3 juin 2010, <<http://www.bufetalmeida.com/602/caso-cvcdgo-pagina-de-enlaces-la-audiencia-provincial-de-madrid-con-firma-el-auto-de-archivo.html>>. Voir également Boris MANENTI, « Espagne. Le téléchargement illégal désormais légalisé ? », *Le Nouvel Observateur*, 18 juillet 2011, <<http://hightech.nouvelobs.com/actualites/depeche/20110718.OBS7244/espagne-le-telechargement-illegal-desormais-legalise.html>>. Voir aussi *Sites « pirates » reconnus légaux en Espagne*, 18 juillet 2011, disponible à <<http://www.generation-nt.com/p2p-telechargement-direct-lien-legal-espace-indice-web-espagne-actualite-1232081.html>>, Olivier ROBILLART, « Téléchargement : l'Espagne refuse de collecter les adresses IP », *Clubic Pro*, 3 novembre 2011, <<http://pro.clubic.com/legislation-loi-internet/telechargement-illegal/actualite-456230-espagne-refuse-systeme-similaire-hadopi.html>>.
177. Xavier BERNE, « Premières plaintes après la mise en place de la loi anti-piratage espagnole », *PC INpact*, 4 avril 2012, <<http://www.pcinpact.com/news/70008-sinde-hadopi-telechargement-commission-espagne.htm>>.
178. Office of the United States Trade Representative, *2009 Special 301 Report*, <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2009/2009-special-301-report>>.
179. Daniel VERDÚ, « EE UU señala de nuevo a España como paraíso de la "piratería" », *El País*, 15 février 2011, <[http://www.elpais.com/articulo/cultura/EE/UU/senala/nuevo/Espana/paraiso/pirateria/elpepucul/20110215elpepucul\\_9/Tes](http://www.elpais.com/articulo/cultura/EE/UU/senala/nuevo/Espana/paraiso/pirateria/elpepucul/20110215elpepucul_9/Tes)>.

301 (liste de surveillance prioritaire regroupant les États qui ne respectent pas les normes internationales de la propriété intellectuelle<sup>180</sup> et qui sont notamment sous la menace de sanctions commerciales de la part des États-Unis<sup>181</sup>. Ce rapport<sup>182</sup> recommandait en effet aux autorités espagnoles d'interdire les programmes d'échange de fichiers P2P, foulant ainsi du pied la Circulaire 1/2006, en ce sens que ce texte conférait une certaine légitimité à l'échange de fichiers, alors que la justice espagnole ne prenait aucune action contre les sites Internet pirates qui agissaient impunément en Espagne.

Pourtant, cette circulaire, adoptée par le ministère de la Justice, obligeait le Ministère public (procureur de l'État) à engager automatiquement une procédure contre toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Or, le Ministère public ne poursuivait ni les responsables des sites Internet de téléchargement illégal de fichiers cinématographiques et musicaux, ni l'internaute fautif, lesquels restaient impunis. Le gouvernement espagnol a toutefois ouvert la chasse au téléchargement illégal sur les réseaux P2P en lançant, en novembre 2008, une campagne contre la pratique du téléchargement non autorisé d'œuvres protégées sur l'Internet : *Si eres legal, eres legal*<sup>183</sup>. Cette campagne a provoqué un tollé au point que l'Association des utilisateurs de l'Internet a déposé une plainte contre le gouvernement en demandant au ministre de la Culture d'arrêter cette *manipulation de l'opinion publique pour le bénéfice d'intérêts privés*<sup>184</sup>.

180. Voir la « Liste 2010 de pays sous surveillance à cause du piratage » du *Congressional International Anti-Piracy Caucus*, un groupe bipartisan de parlementaires américains réunis contre le piratage international, <<http://schiff.house.gov/antipiracycaucus/news.html>> ; voir également Adam SHIFF, *International Anti-Piracy Caucus Unveils "2012 International Piracy Watch List"*, 20 septembre 2012, <<http://schiff.house.gov/press-releases/international-antipiracy-caucus-unveils-2012-international-piracy-watch-list/>>.

181. D'ailleurs, en 2011, la RIAA (Recording Industry Association of America), en collaboration avec l'IIPA (International Intellectual Property Alliance), a présenté sa « liste d'alerte piraterie » à USTR dans laquelle le Canada et l'Espagne y sont répertoriés comme les paradis des pirates et ils nécessitent une attention urgente de la part du gouvernement américain. Voir ERNESTO, « RIAA Labels Spain and Canada As Piracy Havens », *TorrentFreak*, 17 février 2011, <<http://torrentfreak.com/riaa-labels-spain-and-canada-as-piracy-havens-110217/>>.

182. SPAIN, *2009 Special 301 Report On Copyright Protection And Enforcement*, <<http://www.iipa.com/rbc/2009/2009SPEC301SPAIN.pdf>>.

183. *Si eres legal eres legal*, disponible à, <<http://www.youtube.com/watch?v=gQsrbuWvO8Q>>.

184. Belga, *Une loi anti-téléchargement provoque un tollé en Espagne*, RTBF, 3 décembre 2009, <<http://web.archive.org/web/20091207010529/http://www.rtbef.be/info/economie/espagne-une-loi-anti-telechargement-provoque-un-tolle-166539>>. Voir également Astrid Girardeau, « Espagne : Viva peer-to-peer! », *Écrans*, 3 juin 2009, <<http://www.ecrans.fr/Espagne-Viva-peer-to-peer,6036.html>>.



Même si le gouvernement espagnol a, en octobre 2009, créé une commission interministérielle de lutte contre la piraterie sur l'Internet<sup>185</sup>, qui a présenté ses conclusions et qui a proposé des actions dans ce domaine à la Présidence du gouvernement avant la fin de cette année, il semble bien que la voie répressive contre le consommateur n'était pas envisagée jusque-là, et ce malgré les revendications des industries culturelles qui souhaitaient que le principe de riposte graduée contre ces délits soit adopté à l'instar de certains pays voisins, comme la France qui avait déjà adopté un bloc normatif spécial en cette matière. Les axes de réflexion suivis par cette commission, qui reflétaient bien la position du gouvernement sur ce sujet, étaient, d'une part, le renforcement du dispositif législatif et, d'autre part, la sensibilisation et l'éducation du consommateur.

Si la légalisation du partage en P2P est intervenue en Espagne après la victoire législative du socialiste José Luis Rodríguez Zapatero en 2004 et sa réélection en 2008, il faudra cependant attendre mars 2011, comme le souligne Emily Tonglet, pour constater les prémices d'un dispositif législatif sanctionnant le piratage dans la péninsule ibérique, lequel a été sarcastiquement baptisé « Loi Sinde » par les médias espagnols, en hommage à la ministre de la Culture de l'époque, peu appréciée par l'opinion publique, soit Angeles González-Sinde<sup>186</sup>.

## 5.2 Les péripéties de la *Loi Sinde*

La *Loi Sinde*<sup>187</sup> règle en Espagne la question du téléchargement illégal en ligne. Elle prévoit la possibilité pour les ayants droit, à travers une procédure accélérée, de faire bloquer les sites qui proposent du contenu non autorisé violant les droits d'auteur.

L'adoption de cette loi n'a pas été de tout repos, comme le souligne Sandrine Hallemans<sup>188</sup>. Elle a connu plusieurs péripéties à la suite de nombreuses modifications et à une vive opposition émanant de différents milieux.

---

185. Voir *Propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon : Tour d'horizon des évolutions récentes*, op. cit., p. 2.

186. Emily TONGLET, *La lutte européenne contre le piratage sur Internet*, op. cit.

187. *Ley 2/2011 de Economía Sostenible*, 4 mars 2011, *Boletín Oficial del Estado*, n° 55, 5 mars 2011, p. 25033 et s., <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>>.

188. Sandrine HALLEMANS, *Étude relative à la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet*, Rapport final, op. cit., p. 34.

Déjà, en 2008, un câble diplomatique révélé par *WikiLeaks*<sup>189</sup> soulignait que l'ambassadeur américain à Madrid avait averti le chef du gouvernement espagnol que son pays risquait fort de se retrouver sur la *Priority Watch List 301* et qu'il risquait par conséquent de subir de très sérieuses sanctions commerciales de la part des États-Unis pour avoir refusé de mettre en application une législation anti-piratage s'il ne s'engageait pas sur trois points précis d'ici octobre 2008, à savoir (1) rappeler que le piratage sur l'Internet est illégal, (2) modifier la Circulaire de 2006, que beaucoup voyaient comme un texte rendant légal le partage de fichiers en P2P, et (3) annoncer que le gouvernement espagnol allait adopter des mesures basées sur le modèle français ou britannique afin de faire baisser la courbe des téléchargements illégaux en Espagne d'ici l'été 2009.

Les pressions américaines n'étaient pas nouvelles. D'autres câbles diplomatiques américains révélés en 2010 par *WikiLeaks*<sup>190</sup> soulignent les pressions américaines pour forcer la main au gouvernement espagnol afin d'obtenir une loi anti-piratage. En effet, d'après une étude Nielsen, 45 % des internautes espagnols pirataient régulièrement des œuvres assujetties au droit d'auteur au moyen des réseaux P2P, contre 23 % dans les cinq principaux pays européens. Les « majors » américaines de la culture et du divertissement voyaient dans l'Espagne le mauvais élève de l'Union européenne contre lequel le réseau diplomatique américain se devait d'intervenir pour préserver les intérêts économiques de ses industries.

Le projet de Loi Sinde a été dévoilé par le gouvernement de José Luis Zapatero le 27 novembre 2009, mais les pressions américaines n'ont pas cessé pour autant<sup>191</sup>. D'autres câbles diplomatiques<sup>192</sup> ont démontré que le gouvernement Zapatero a demandé l'aide des États-Unis pour persuader l'opposition d'adopter cette loi.

Finalement, le gouvernement espagnol adoptait, en janvier 2010, de nouvelles dispositions relatives au respect des droits d'auteur

189. AGUIRRE, *Cable sobre las presiones para que España combata la piratería*, *El País*, 3 décembre 2010, <[http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862_850215.html)>.

190. Joseba ELOLA, *EE UU ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas*, *El País*, 3 décembre 2010, <[http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367868\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367868_850215.html)>.

191. Antonio FRAGUAS, « US slammed Zapatero for not passing « Sinde » anti-piracy law », *El País*, <[http://elpais.com/elpais/2012/01/04/inenglish/1325658050\\_850210.html](http://elpais.com/elpais/2012/01/04/inenglish/1325658050_850210.html)>.

192. Alan D. SOLOMONT, « Cable sobre la reunión de González-Sinde y el embajador de EE UU », *El País*, 20 décembre 2010, <[http://elpais.com/elpais/2010/12/20/actualidad/1292836640\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/20/actualidad/1292836640_850215.html)>.

sur l'Internet soumises par le tout nouveau ministre de la Culture, le conservateur José Ignacio Wert. Ces mesures sont enchâssées dans une loi plus générale : la *Ley de economia sostenible*, dite *Ley Sinde*, qui introduit dans sa 43<sup>e</sup> disposition finale un mécanisme de sanctions qui prévoit la création d'un organisme de régulation indépendant comparable à la HADOPI française. Comme en France, les pouvoirs confiés à cette autorité publique indépendante dans le cadre de la procédure répressive, dont la faculté de juger (celle-ci n'appartenant qu'à un juge dans un État de droit), ont suscité une recrudescence de la mobilisation civile. Le projet de loi a été âprement combattu par des utilisateurs de l'Internet qui dénonçaient une atteinte à leur liberté. Le collectif *Anonymous* a réagi en bloquant les sites de grands partis politiques et les internautes ont poursuivi leur mobilisation en dehors de la toile, à travers des manifestations pour exiger non seulement « le retrait de la loi mais aussi une refonte du modèle de la propriété intellectuelle », qu'ils considéraient obsolète. Même les associations de consommateurs se sont érigées contre le projet de loi qui, selon elles, visait à établir une justice « à deux vitesses : une pour les multinationales et une autre pour le reste »<sup>193</sup>.

Le projet de loi fut rejeté le 21 décembre 2010 par les députés après une journée marathon de débats sous haute tension au Congrès espagnol qui estimait que la possibilité « de fermer des sites Internet sans avoir l'aval d'une autorité judiciaire [...] ouvre la porte au non-respect de droits fondamentaux comme la liberté d'expression de la part du pouvoir politique »<sup>194</sup>. Cependant, après de légers amendements portant notamment sur la 43<sup>e</sup> disposition finale, dont l'obligation de passer devant un juge lors de l'exécution de la procédure de blocage, une nouvelle version négociée de la *Loi Sinde* fut approuvée par le Sénat et le Congrès espagnol le 15 février 2011. Malgré la polémique autour de l'adoption des mécanismes de sanctions et les protestations de la société civile, la *Loi Sinde* a été finalement adoptée le 30 décembre 2011 par le nouveau gouvernement espagnol.

---

193. Voir Elodie CUZIN, « L'Hadopi espagnol déclenche la colère des « pirates » du Far West 2.0 », 29 janvier 2011, <<http://www.lesinrocks.com/medias/numerique-article/t/58490/date/2011-01-29/article/lhadopi-espagnol-declenche-la-colere-des-pirates-du-far-west-20/>>. Voir également François MUSSEAU, « Anonymous à l'attaque de l'Hadopi espagnole », *Écrans*, vendredi 3 février 2012, <<http://www.ecrans.fr/Les-Anonymous-a-l-attaque-de-l-1,13996.html>>.

194. « Le Congrès espagnol rejette une loi antipiratage », *Le Monde*, 22 décembre 2010, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/12/22/le-congres-espagnol-rejette-une-loi-anti-piratage\\_1456583\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/12/22/le-congres-espagnol-rejette-une-loi-anti-piratage_1456583_651865.html)>.

### 5.3 La Commission de la propriété intellectuelle, un dispositif législatif sanctionnant le piratage ?

Le décret royal qui promulguait la *Ley de economia sostenible* (« Loi Sinde ») instituait également une Commission de la propriété intellectuelle (*Comisión de Propiedad Intelectual*)<sup>195</sup>. Contrairement au Royaume-Uni qui s'était inspiré du dispositif répressif français, la HADOPI, pour proposer sur son territoire un dispositif sanctionnant le téléchargement non autorisé sur l'Internet (le *Digital Economy Act*), les autorités espagnoles ont opté pour une approche distincte en s'attaquant directement à la source du problème. Plutôt que de poursuivre les internautes, le mandat confié à la Commission visait directement les intermédiaires techniques de l'Internet, à savoir les fournisseurs de services Internet, les différents éditeurs, agrégateurs et hébergeurs de contenus, ainsi que les plateformes. Selon les autorités espagnoles, cette catégorie d'acteurs de l'Internet était soupçonnée d'être finalement la première à favoriser la violation des règles relatives à la propriété intellectuelle sur leurs réseaux en offrant gratuitement et sans aucune autorisation l'accès à des œuvres protégées. Le but était donc de sanctionner celui qui incitait l'internaute à adopter un comportement délictuel et qui, plus est, s'enrichissait considérablement grâce au procédé qu'il mettait en place<sup>196</sup>.

Comme la HADOPI française, la Commission espagnole est une autorité administrative collégiale relevant du ministère de l'Éducation, de la Culture et du Sport. Elle est structurée selon deux sections, l'une exerçant des fonctions de médiation et d'arbitrage, l'autre étant chargée de la sauvegarde des droits de propriété intellectuelle. La première section joue un rôle préventif, tandis que la seconde a un rôle plus répressif.

Dans l'exercice de ses fonctions de médiation, la Commission a compétence pour connaître toutes matières directement liées à la gestion collective des droits de propriété intellectuelle, tandis que ses fonctions d'arbitrage s'étendent à la résolution des conflits entre les différentes sociétés de gestion, entre les ayants droit et les sociétés de gestion, ainsi qu'entre eux et les organismes de radiodiffusion.

---

195. Article 158, n° 1, del *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: Se crea en el Ministerio de Cultura, la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, para el ejercicio las funciones de mediación y arbitraje y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la presente Ley.*

196. Emily TONGLET, *La lutte européenne contre le piratage sur Internet*, op. cit.

Le rôle répressif de la Commission touche la sauvegarde des droits de propriété intellectuelle contre leur violation par les responsables de services dans la société de l'information. Ainsi, la Commission, saisie par les ayants droit en cas de partage non autorisé d'œuvres sur l'Internet, sera mandatée pour introduire des plaintes auprès d'un juge compétent désigné à cet effet. De même, les ayants droit pourront saisir la Commission afin de faire bloquer ou fermer rapidement l'accès aux sites Internet depuis lesquels des contenus protégés par les droits d'auteur sont susceptibles d'être téléchargés. Dans ce cas, la Commission signifie à l'administrateur du site une injonction à l'effet de retirer, dans les 48 heures, le contenu contrevenant aux droits d'auteur. Le retrait volontaire de ce contenu met fin à la procédure engagée. Le juge n'interviendra qu'en cas d'inaction ou de refus d'obtempérer de l'administrateur du site. Le juge disposera de quatre jours pour convoquer et pour entendre les arguments de toutes les parties avant de rendre son jugement relatif à la question de savoir si le site devrait être fermé ou pas. Les règles de la défense seront respectées dans la mesure où le contrevenant présumé aura la possibilité de contester la décision.

Il convient toutefois de noter que ces dispositions sont sans préjudice des actions civiles, pénales et administratives appropriées qui pourront être engagées contre le contrevenant présumé. Il s'agit là de la procédure d'avis et de retrait (*Notice and Takedown*) dont la durée ne dépasserait pas dix jours en moyenne.

Même si la loi ne crée aucune obligation générale de surveillance des réseaux, elle accorde cependant à la Commission le pouvoir d'ordonner à un prestataire de services de divulguer les coordonnées d'un contrevenant ou d'ordonner la fin du service. Cette ordonnance délivrée sans préjudice d'autres recours civils, pénaux ou administratifs, dont pourraient se prévaloir les titulaires de droits, ne pourra, elle aussi, prendre effet qu'après validation par un juge.

Même s'il poursuit des finalités similaires, à savoir la sanction de droits d'auteur sur l'Internet, le dispositif répressif espagnol se distingue à plusieurs égards du système de réponse graduée français de la HADOPI ou du système anglais dans une certaine mesure. Les dispositions de la loi française ou anglaise visent spécifiquement l'utilisateur final, alors que la *Loi Sinde* porte sur un mécanisme permettant de trouver et d'arrêter les prestataires de services qui facilitent directement ou indirectement les violations des droits d'auteur, avec possibilité de blocage ou de fermeture du site Internet hébergé sur le territoire espagnol. Contrairement à la procédure mise

en œuvre dans la législation française pour s'attaquer aux pirates, celle de la *Loi Sinde* est extrêmement plus brève et moins coûteuse.

#### 5.4 La lutte contre le piratage en Espagne : évolution récente

La *Loi Sinde* a finalement été adoptée le 30 décembre 2011 et le décret d'application relatif au fonctionnement de la Commission a été promulgué le 1<sup>er</sup> mars 2012. Bien qu'il soit un peu tôt pour évaluer si l'action de la Commission et ses répercussions sur le phénomène de téléchargement non autorisé des contenus protégés ont conduit à une baisse ou non de la piraterie sur le territoire espagnol, on rapporte toutefois qu'après un mois de fonctionnement, la Commission aurait reçu 213 plaintes et 79 demandes de blocage de sites<sup>197</sup>. Comme on le sait, la Commission devra toutefois, dans chaque cas, engager une procédure de médiation ou de conciliation avec le responsable du site incriminé avant d'être amenée, le cas échéant, à référer ledit cas à un juge qui, à son tour, statuera sur le retrait des contenus protégés, le blocage ou la fermeture du site.

Aussitôt la loi en vigueur, le gouvernement espagnol a déposé, le 27 mars 2013, un projet de loi modifiant la *Loi Sinde*, ainsi que les règles en vigueur en matière de droit de la propriété intellectuelle. Ce nouveau texte<sup>198</sup>, baptisé *Projet de loi Lassalle* (qui tire son nom de Jose-Maria Lassalle, secrétaire d'État à la Culture) et présenté par le ministre de la Culture, José Ignacio, a pour objet de combler plusieurs brèches dans la législation actuelle, notamment au regard des intermédiaires techniques, à savoir : le régime de la copie privée, le contrôle des sociétés de gestion, de la collecte et de la répartition des redevances et le droit pénal de la propriété intellectuelle.

Au regard de la copie privée, l'Espagne veut limiter ce concept et exclure les copies professionnelles ou plutôt les achats effectués par ceux qui ne sont pas des utilisateurs privés. Le projet de loi consacre par ailleurs le prélèvement de la copie privée sur le budget de l'État et il prévoit que le financement de cette compensation repose sur

197. « Casi 80 solicitudes telemáticas de cierre de sitios el primer mes de la Ley Sinde », *El-Mundo*, 1<sup>er</sup> avril 2012, <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/01/navegante/1333276914.html>>.

198. *Anteproyecto de Ley De Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Aprobado por Real Decreto Legislativo 1 / 1996, de 12 de Abril, y de la Ley 1 / 2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*, disponible à <<http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual/propiedad-intelectual-ante-proyecto-ley.pdf>>.

le plein respect du principe de juste équilibre entre son montant et l'existence d'un préjudice. De plus, le texte législatif redéfinit le champ de la copie privée en précisant que sera considérée comme licite la copie réalisée à partir d'un original ou d'un flux de télévision. Toutes les autres reproductions seront illicites et donc hors du périmètre d'indemnisation. Cette mesure ne satisfait pas pleinement les ayants droit qui estiment que cette restriction du champ d'application de la copie privée va aller à l'encontre des citoyens et qu'elle profitera aux multinationales du secteur des technologies<sup>199</sup>.

Quant au deuxième objectif, la future législation veut renforcer l'efficacité des entités en charge de la gestion des droits et elle contient à cet égard de nouvelles règles de performance, de transparence et de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits. Dans le passé, plusieurs cadres de la *Sociedad general de gautores y editores* (SGAE) avaient été soupçonnés de détournement de fonds<sup>200</sup>. Ce dispositif édicte ainsi, à l'encontre de responsables de tels méfaits, une gamme de sanctions pénales.

Le troisième objectif du projet de loi porte sur le droit pénal. À ce titre, le texte prévoit plusieurs procédures permettant d'exiger la collaboration des intermédiaires, notamment des secteurs de la publicité et des paiements électroniques, afin de bloquer ou de suspendre les flux vers les contenus illicites. Selon Marc Rees, ce mouvement rappelle un peu celui remis à jour en France par la Loi HADOPI à la suite des pressions des ayants droit, tout en suivant le principe de subsidiarité que l'on retrouve, notamment, en France dans la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (LCEN)<sup>201</sup>. En pratique, une première phase n'excédant pas 48 heures visera l'incitation au retrait volontaire ou à l'échange d'information avec le responsable des contenus illicites ou l'éditeur du site. À défaut de résultats concluants, les intermédiaires de courtage et de publicité seront invités à apporter leur concours pour suspendre le service délinquant. En dernier recours, le fournisseur d'accès aura l'obligation de procéder à un blocage d'accès à l'Internet. Si le site est offert avec

199. « Las entidades de gestión critican la intención del Gobierno de ilegalizar “prácticamente” todas las copias privadas », *Diario Siglo XXI*, 22 mars 2013, <<http://www.diarosigloxxi.com/texto-ep/mostrars/20130322161051/las-entidades-de-gestion-critican-la-intencion-del-gobierno-de-ilegalizar-practicamente-todas-las-copias-privadas>>.

200. Amélie HEIDINGER, « SGAE – Scandale au Palacio de Longoria », *lepetitjournal.com*, 12 juillet 2011, <<http://www.lepetitjournal.com/madrid/societe/82158-sgae-scandale-au-palacio-de-longoria>>.

201. Voir Legifrance, *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164&dateTexte=&categorieLien=id>>.

un nom de domaine.ES, l'autorité d'enregistrement pourra être amenée à bloquer ce nom pour une durée de six mois. En cas de défaillance répétée dans le retrait, l'éditeur du site pourra être sanctionné d'une amende administrative de 30 000 à 300 000 euros selon la gravité des faits. Le texte législatif préconise enfin des mesures pour accélérer l'identification des responsables<sup>202</sup>.

Malgré ce projet de loi, les autorités espagnoles veulent aller plus loin en affichant désormais leur volonté de punir davantage les responsables de sites profitant du piratage pour engranger, directement ou indirectement, des profits. C'est ainsi que, dans un communiqué diffusé le 20 septembre 2013 à la suite d'une réunion du Conseil des ministres, l'Exécutif espagnol a élaboré son projet de modification du Code pénal<sup>203</sup>. Un volet qui porte sur la protection des droits de propriété intellectuelle est tout particulièrement consacré au partage de fichiers sur Internet par le truchement duquel l'Espagne souhaite s'attaquer davantage à « l'exploitation économique, la reproduction, le plagiat, la distribution et la communication au public d'œuvre sans l'autorisation de leurs ayants droit, avec l'intention de faire directement ou indirectement un profit (grâce à la publicité par exemple), ou bien de faciliter l'accès à des œuvres protégées sur Internet »<sup>204</sup>. Le gouvernement espagnol insiste notamment sur le fait que les simples utilisateurs seront épargnés par l'évolution à venir, de même que les logiciels de P2P ou les moteurs de recherche considérés comme neutres. En revanche, il est souligné que « les sites fournissant une liste de liens à partir desquels il est possible d'accéder illégalement à des œuvres protégées par le droit d'auteur » seront tout particulièrement ciblés, dont précisément les annuaires de liens de téléchargement direct.

Le durcissement annoncé en Espagne consiste en une extension des peines maximales encourues par les responsables de ces sites à visée commerciale. Le communiqué indique en effet que les sanctions minimales actuellement en vigueur seront maintenues, mais que

---

202. Marc REES, « Copie privée, contrefaçon et intermédiaires, le grand ménage espagnol », *PC INpact*, 25 mars 2013, <<http://www.pcinpact.com/news/78508-copie-privee-contrefacon-et-intermediaires-grand-menage-espagno.htm>>.

203. Noticias del Ministerio: *El Gobierno aprueba una reforma del Código Penal que facilita la persecución de los corruptos*, 20 septembre 2013, <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288784411175/Detalle.html>>. Voir également le texte intégral disponible à <[http://static.pcinpact.com/medias/130920\\_proyecto\\_de\\_ley\\_de\\_reforma\\_del\\_codigo\\_penal.pdf](http://static.pcinpact.com/medias/130920_proyecto_de_ley_de_reforma_del_codigo_penal.pdf)>.

204. Traduction proposée par Xavier BERNE, « Piratage : bientôt des peines maximales de six ans de prison en Espagne », *PC INpact*, 23 septembre 2013, <<http://www.pcinpact.com/news/82504-piratage-bientot-peines-maximales-six-ans-pri-son-en-espagne.htm>>.



« les comportements les plus graves pourront être punis jusqu'à six ans de prison ».

Ces projets de loi du gouvernement espagnol, comme le projet de loi du 27 mars 2013 et celui annoncé dans le communiqué du 20 septembre 2013, doivent nécessairement passer devant le Parlement et ne devraient pas entrer en vigueur avant le printemps 2014, selon le quotidien *El País*<sup>205</sup>.

## 6. L'AUSTRALIE

### 6.1 Les transmutations du système de filtrage de l'Internet en Australie

En 2009, la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) avait réussi à faire pression sur les opérateurs irlandais pour bloquer le site suédois de liens BitTorrent *The Pirate Bay*, contre lequel elle était en procès. D'ailleurs, tout le lobby de l'édition musicale menaçait les fournisseurs de services Internet (FSI) de porter plainte contre ces opérateurs pour complicité s'ils ne filtraient pas l'accès à *The Pirate Bay*. Mais la menace avait du mal à passer en Norvège au point que le ministre de l'Éducation et de la Recherche, Bård Vegar Solhjell, était intervenu pour prendre la défense du P2P et qu'il proposait l'instauration d'une licence globale pour compenser la légalisation des échanges de fichiers entre individus, un coup de pouce pour conforter les FSI qui s'opposaient au filtrage<sup>206</sup>. Il convient de noter que, du point de vue du ministre norvégien, la question n'était pas de légaliser ou non le P2P, mais plutôt de chercher comment financer les téléchargements sur l'Internet.

Telenor, le principal opérateur norvégien des télécommunications, avait rapidement saisi cette perche pour envoyer une fin de non-recevoir aux menaces conjointes de l'IFPI norvégienne et de deux associations d'éditeurs et de producteurs de cinéma finlandais, qui s'étaient joints à la demande de blocage de *The Pirate Bay*, estimant qu'il n'y avait aucune base légale pour qu'un FSI agisse dans l'intérêt des titulaires de droits de propriété intellectuelle numériques en vue de bloquer des sites particuliers. Le directeur de Telenor, Ragnar

205. Daniel VERDÚ, « Los juristas, escépticos ante las penas de cárcel para la piratería », *El País*, 23 septembre 2013, <[http://cultura.elpais.com/cultura/2013/09/19/actualidad/1379619363\\_158979.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2013/09/19/actualidad/1379619363_158979.html)>.

206. Guillaume CHAMPEAU, « La Norvège prête à proposer la licence globale pour légaliser le P2P », *Numerama*, 23 février 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12108-la-norvege-prete-a-proposer-la-licence-globale-pour-legaliser-le-p2p.html>>.

Kàrus, soutenait d'ailleurs que le problème était non celui des FSI, mais bien celui des ayants droit eux-mêmes qui devaient développer des modèles économiques viables. Il estimait que demander à un FSI de contrôler et de déterminer ce que les internautes pouvaient ou non télécharger était tout aussi mauvais que de demander à un bureau de poste d'ouvrir et de lire chaque lettre et de décider ce qui devrait être livré ou non<sup>207</sup>.

Pourtant, ce n'est pas cette approche qu'avait adoptée l'Australie dans sa croisade contre le téléchargement non autorisé des contenus protégés sur l'Internet. L'Australie avait plutôt choisi la voie du filtrage, un filtre obligatoire qui dépassait de loin les blocages déjà à l'œuvre dans d'autres pays comme, par exemple, la Loi HADOPI contre le piratage en France qui avait ouvert la voie à une évaluation du filtrage et la *Loi Loppsi (Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure)* du 14 mars 2011 qui a comme objectif de lutter contre la criminalité générale, la délinquance routière, la cyber-pédopornographie et aussi les sites illégaux de jeux en ligne et qui autorisait déjà le filtrage, mais après décision de justice. Des systèmes comparables étaient d'ailleurs mis en œuvre dans des pays comme l'Allemagne, l'Angleterre, le Canada ou l'Italie.

La logique australienne était différente. Sans se désintéresser de la protection de la propriété intellectuelle, la coalition gouvernementale alors en place recherchait davantage des mécanismes d'autorégulation des FSI en appliquant à l'Internet les mêmes règles de censure qu'à la télévision ou au cinéma. Depuis 2007, l'organisation anti-piratage de l'industrie du disque australienne, la *Music Rights Australia*, plus connue sous le sigle MIPI (*Music Industry Piracy Investigations*), faisait pression sur le gouvernement australien pour adopter à ce sujet des mesures de filtrage de l'Internet. D'ailleurs, sa directrice, Herald Sabiene, déclarait clairement que « parce que le partage de fichiers par P2P implique que les fichiers musicaux soient sur les ordinateurs des particuliers, il y a peu de choses que le MIPI puisse faire pour supprimer ces fichiers ou pour empêcher qu'ils soient partagés. C'est pourquoi, nous avons proposé aux fournisseurs d'accès à l'Internet un système de bon sens de messages d'avertissement qui, s'ils restent lettre morte, pourraient en définitive provoquer la suspension ou la résiliation du compte de l'utilisateur »<sup>208</sup>. Le directeur de

207. MUSIC INFORMATION CENTRE NORWAY, *Major Norwegian ISP rejects Pirate Bay Ban*, 5 mars 2009, <<http://mic.no/mic.nsf/doc/art2009030509361797610437>>.

208. Heath GILMORE et Kerrie ARMSTRONG, « War on Music Piracy », *The Sydney Morning Herald*, 17 février 2008, <<http://www.smh.com.au/articles/2008/02/16/1202760662778.html>>.

la *National Internet Industry Association*, Peter Coronas, avait alors vivement protesté en déclarant que les FSI n'étaient pas la police du droit d'auteur, mais qu'ils étaient seulement de simples *conduits*.

Face à cette situation, et avant d'aller plus loin dans leur projet d'instauration du filtrage de l'Internet, les autorités australiennes ont commencé dès 2009 à mener une série de tests<sup>209</sup>, à partir d'une liste confidentielle de 1 370 sites Internet, en ciblant non seulement la pédopornographie, mais également l'incitation au terrorisme, l'apologie des drogues, la violence excessive. Cette liste, établie et gardée secrète par la *Australian Communications and Media Authority*, était utilisée pour poursuivre les sites Internet qui pointaient vers les contenus censurés et qui étaient susceptibles d'amendes s'élevant à un montant de 11 000 \$ australiens par jour d'infraction pour ceux qui ne retireraient pas les liens après notification. Des fuites de *Wikileaks* avaient révélé que seuls 674 des 1 370 de la liste présentaient bien un caractère pédopornographique<sup>210</sup>.

En guise de protestation, des internautes inquiets des dommages collatéraux que ces mesures pouvaient occasionner, comme le ralentissement du débit de l'Internet ou le blocage de sites inoffensifs, avaient alors organisé un *blackout* du Web australien. Une opération *Tempête de seins*, consistant à attaquer des sites gouvernementaux, avait même été organisée par le collectif Anonymous<sup>211</sup>.

L'opposition au projet de filtrage de l'Internet en Australie était montée d'un cran lorsque les géants américains de l'Internet, Google et Yahoo, étaient intervenus pour critiquer ouvertement ce projet, la présidente de Google Australie, Lucinda Barlow, déclarant que « certaines limites, comme celles concernant la pornographie enfantine, vont de soi. Aucun Australien ne veut que cela soit accessible, et nous sommes d'accord. Mais le niveau de filtrage va bien au-delà et pose des questions sur les restrictions imposées dans l'accès à l'information »<sup>212</sup>.

---

209. *Australian Government, Department of Communications*, <<http://www.communications.gov.au/>>.

210. Voir ENIGMAX, « Torrent Sites End Up on Aussie Blacklist », *TorrentFreak*, 19 mars 2009, <<http://torrentfreak.com/torrent-sites-end-up-on-aussie-blacklist-090319/>>.

211. David KRAVETS, « Anonymous Unfurls "Operation Tittstorm" », *Wired*, 2 octobre 2010, <<http://www.wired.com/threatlevel/2010/02/anonymous-unfurls-operation-tittstorm/>>.

212. Benjamin FERRAN, « Le filtrage de l'Internet en Australie suscite l'inquiétude », *Le Figaro*, 30 mars 2010, <<http://www.lefigaro.fr/web/2010/03/30/01022-20100330ARTFIG00682-le-filtrage-de-l-internet-en-australie-suscite-l-inquietude-.php>>.

En appui à ce mouvement de contestation concernant le système de blocage des sites, le gouvernement américain avait lui aussi manifesté ses inquiétudes aux autorités australiennes par la voix de son porte-parole, Michael Tran, qui affirmait ce qui suit : « Nous restons mobilisés pour une libre circulation de l'information que nous considérons comme vitale pour la prospérité économique et essentielle pour l'ouverture des sociétés »<sup>213</sup>.

Même l'organisation humanitaire, *Reporters sans frontières*, avait adressé au Premier ministre australien, Kevin Rudd une lettre ouverte au sujet de la censure de l'Internet<sup>214</sup> et elle avait placé l'Australie « sous surveillance dans sa liste des pays ennemis de l'Internet »<sup>215</sup>.

Face à une telle levée de boucliers, le projet de filtrage que le gouvernement australien comptait présenter au cours de l'année 2010 a été abandonné. Le ministre des Communications et de l'Économie numérique, Stephen Conroy, est même intervenu publiquement pour assurer que le blocage des réseaux P2P n'avait jamais fait partie de ses plans.

Même la justice australienne avait résisté à la pression du filtrage en n'obligeant aucun FSI à bloquer l'accès aux réseaux P2P de téléchargement, considérant que ceux-ci n'étaient pas responsables<sup>216</sup>.

Plus précisément, un jugement rendu par la Cour fédérale<sup>217</sup>, en février 2010, est venu en quelque sorte sonner le glas du projet australien de filtrage de l'Internet. En effet, les plus grands studios d'Hollywood, dont Warner Bros, Disney, Paramount, Columbia ou encore Twentieth Century Fox, avaient poursuivi en justice iiNet, le troisième FSI le plus important en Australie, pour qu'il bloque l'utilisation de BitTorrent sur son réseau, ou qu'il accepte de suspendre

213. Ryshia BANS, « US Government Is Concerned about Australia's Internet Filter Plan », *International Business Times*, 31 mars 2010, <<http://au.ibtimes.com/articles/20100330/us-government-is-concerned-about-australiainternet-filter-plan.htm>>.

214. Jean-François JULLIARD, « Lettre ouverte au Premier ministre australien au sujet de la censure d'Internet », *Reporters sans frontières*, 18 décembre 2009, <<http://fr.rsf.org/australie-lettre-ouverte-au-premier-ministre-18-12-2009,35378>>.

215. « La liste des ennemis d'Internet s'allonge », *Le Figaro*, 11 mars 2010, <<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2010/03/11/97001-20100311FILWWW00777-la-liste-des-ennemis-d-internet-s-allonge.php>>.

216. Michael GEIST, *Australian Judge Explains Why Three Strikes Isn't Reasonable*, 3 février 2010, <<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4760/125/>>.

217. *Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Limited (No. 3)*, [2010] FCA 24 (Federal Court of Australia, 4 février 2010).

l'accès à l'Internet des abonnés suspectés de téléchargement illégal, dont l'adresse IP lui serait communiquée par les ayants droit. La justice australienne a refusé de condamner iiNet et elle a débouté les studios hollywoodiens qui espéraient ainsi créer un précédent judiciaire favorable à une riposte graduée ou à un filtrage du Web comme celui qui avait condamné l'éditeur du logiciel P2P Kazaa<sup>218</sup>.

Dans ce jugement très attendu, la Cour fédérale de l'Australie a reconnu l'existence d'un piratage massif sur le réseau de iiNet, mais elle a refusé de rendre le FSI responsable. Les requérants alléguaient que, malgré les relevés d'adresses IP « pirates » transmis à iiNet, celui-ci avait toujours refusé de suspendre l'accès à l'Internet des abonnés concernés, ce qui était pour eux une preuve de complicité. Ils souhaitaient en quelque sorte que iiNet collabore à une riposte graduée sans l'intermédiaire de la justice, sur simple dénonciation. Pour contrer tout argument sur l'atteinte à la liberté de communication induite par la suspension, ils rappelaient que le FSI coupait l'accès en cas d'impayé.

En réponse, le juge Dennis Cowdroy a estimé que, contrairement à ce que prétendaient les studios américains, iiNet n'avait pas *autorisé* le partage illicite de fichiers sur BitTorrent par l'absence de mesures préventives, car *quel que soit leur qualité* les relevés d'adresses IP transmis par l'industrie cinématographique ne sont pas suffisants pour déterminer de façon certaine qu'il y a bien eu atteinte aux droits d'auteur de la part de l'abonné. Expliquant pourquoi la riposte graduée n'était pas un mécanisme raisonnable de lutte contre le piratage, le juge a souligné qu'il ne serait pas raisonnable de couper l'accès à l'Internet à cause de violations de droits d'auteur. « Évidemment, *la suspension des comptes* de l'abonné constituerait une étape qui empêcherait la personne ou les personnes de violer des droits d'auteur, au moins avec ce FSI, mais il empêcherait aussi cette personne ou ces personnes d'utiliser l'Internet pour toutes les autres utilisations non contrefaisantes »<sup>219</sup>, rappelle le juge, dans l'affaire Kazaa, l'éditeur n'a été contraint de fermer son réseau P2P que parce qu'il avait été démontré lors du procès que le piratage était l'utilisation prédominante faite de Kazaa. Lorsque le FSI reçoit des plaintes pour piratage, rien ne lui permet de dire que son client utilise l'Internet essentiellement pour pirater. C'est aussi un peu l'idée qu'avait retenue le Conseil constitutionnel français en statuant sur

218. « Kazaa de retour dans les tribunaux australiens », *Numerama*, 20 février 2006, <<http://www.numerama.com/magazine/2531-kazaa-de-retour-dans-les-tribunaux-australiens.html>>.

219. Michael GEIST, *Australian Judge Explains Why Three Strikes Isn't Reasonable*, 3 février 2010, <<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4760/125/>>.

la Loi HADOPI lorsqu'il prévenait que la suspension de l'accès ne pourrait être prononcée par un juge que si elle constitue une mesure « strictement nécessaire » et « proportionnée ». Ce qui ne serait probablement pas le cas pour quelques films ou albums téléchargés<sup>220</sup>.

Enfin, en 2011, le gouvernement australien a décidé de suspendre, au moins temporairement, son programme de filtrage de l'Internet par souci d'économie tout d'abord, car la suspension de cette mesure coûteuse lui permettrait de récupérer 9,6 millions de dollars et de les réaffecter à d'autres projets<sup>221</sup>. De plus, cette mesure était très contestée et son efficacité n'était pas tout à fait évidente. Une étude d'impact<sup>222</sup> sur le filtrage des contenus pédopornographiques concluait que le filtrage est au mieux inefficace, au pire extrêmement coûteux pour une efficacité de toute façon douteuse. De plus, le coût du filtrage pourrait monter jusqu'à 140 millions d'euros pour une technique très invasive d'inspection profonde des paquets (DPI), qui consistait à examiner chacune des communications des internautes afin de vérifier la licéité du contenu. Donc, un problème éthique extrêmement important pour une solution de toute façon inefficace dans les cas de chiffreage des communications.

## 6.2 Quel rôle pour les FSI dans la lutte contre le piratage sur Internet ?

La responsabilité du FSI est devenue une priorité pour de nombreux pays qui se soucient davantage d'offrir de meilleurs mécanismes en matière de protection des contenus en ligne. À ce titre, ils s'efforcent de rechercher un équilibre entre les droits d'auteur et l'intérêt général en prenant la mesure du vaste mouvement au travers duquel s'opèrent à la fois la fluidité et la facilité de diffusion

220. Guillaume CHAMPEAU, « Hollywood échoue à imposer une riposte graduée contre BitTorrent en Australie », *Numerama*, 5 février 2010, <<http://www.numerama.com/magazine/15022-hollywood-echoue-a-imposer-une-riposte-graduee-contre-bittorrent-en-australie.html>>.

221. Fran FOO, « Budget 2011: The Gillard Government Will Scrap Its Voluntary Internet Filtering Grants Program to Save \$9.6 Million Over Three Years, The Australian », *National Affairs*, 10 mai 2011, <<http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/budgets/budget-2011-labor-ends-voluntary-net-filtering-scheme/story-fn8gf1nz-1226053563031>>.

222. L'étude réalisée par la Fédération française des télécommunications, chargée de défendre les intérêts des FSI et des opérateurs mobiles, a été commandée par le gouvernement français qui souhaitait mettre en place le filtrage des contenus avec le projet de loi *Loppsi* : voir Guillaume CHAMPEAU, « Filtrage de la pédophilie : jusqu'à 140 millions d'euros pour rien », *Numerama*, 2 octobre 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/14130-filtrage-de-la-pedophilie-jusqu-a-140-millions-d-euros-pour-rien.html>>.

de l'information conjuguée à la faculté limitée des titulaires de droits de contrôler l'utilisation, ou même la réutilisation de leurs œuvres. À cet égard, plusieurs schémas conceptuels ont été imaginés pour essayer de circonscrire ce phénomène au cœur duquel se trouvent placés les FSI.

Un premier modèle, celui de la responsabilité conditionnelle, semble traduire dans les faits la procédure dite d'avis et retrait (*Notice and Takedown*) par laquelle les FSI jouissent d'une limitation de leur responsabilité à la condition d'agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, dès le moment où les ayants droit leur rapportent un cas de violation des droits d'auteur sur leurs réseaux.

Le modèle de la responsabilité directe est, quant à lui, considéré comme une reconnaissance manifeste du pouvoir des tribunaux de prononcer une ordonnance à l'encontre d'un prestataire afin de prévenir une activité illégale en ligne. Le Royaume-Uni<sup>223</sup> et le Japon<sup>224</sup> ont expérimenté ce modèle.

Un troisième modèle, celui de la responsabilité secondaire, est reconnu par la plupart des pays membres du Commonwealth. Il met en œuvre la notion de responsabilité indirecte dans les cas de partage de fichiers P2P. La législation nationale ne retient à ce sujet que la responsabilité d'une personne pour négligence commise par une autre à laquelle la première a confié ou a délégué l'exécution de certaines tâches en son nom. C'est ainsi, par exemple, qu'en Australie, la législation sur le droit d'auteur reconnaît un délit d'*autorisation* consistant en une forme de responsabilité indirecte des FSI. En l'espèce<sup>225</sup>, les tribunaux statuent sur la culpabilité en cas de violation des droits d'auteur d'un prestataire après avoir examiné un faisceau de preuves concluantes et en se penchant sur les questions suivantes : Le fournisseur d'accès était-il en mesure de prévenir la violation ? Quelle est la nature de la relation entre le FSI et le contrevenant ? Le FSI a-t-il adopté des mesures raisonnables pour prévenir l'infraction ?

---

223. Voir *Twentieth Century Fox Film and Others v. British Telecommunications PLC*, [2010] EWHC 608 (Ch., 29 mars 2010).

224. Yuji YAMAGUCHI, « Developments of Court Decisions and Recent Topics Relating to the Provider Liability Limitation Act – JASRAC c. MMO Japan » (Tokyo District Court, 29 janvier 2003), (2011) 12 *YUASA & HARA Business Law News*, p. 2, <<http://www.yuasa-hara.co.jp/english/news/pdf/BL/BL012.pdf>>.

225. Voir *University of New South Wales v. Moorhouse*, [1975] HCA 26 (High Ct. Australia, 1<sup>er</sup> août 1975).

### **6.3 Les accords contractuels au secours des initiatives légales : le nouveau modèle australien**

En pratique, la mise en œuvre de ces différents modèles dans la lutte contre le piratage des contenus protégés sur l'Internet a entraîné des disparités dans les mécanismes de protection des contenus en ligne, mécanismes qui se sont révélés incertains au plan juridique. Pour remédier efficacement et rapidement aux difficultés soulevées et pour parvenir à un juste équilibre entre l'intérêt général et celui des auteurs, certains pays ont, en cette matière, fait intervenir des initiatives privées émanant des acteurs eux-mêmes, en dehors du cadre juridique. Ils ont ainsi balisé le terrain en permettant d'établir une collaboration à la fois large et efficace entre les diverses parties prenantes dans le cadre d'accords négociés qui ont même permis à l'industrie du disque et aux FSI de réduire leur manque à gagner lié à l'essor du numérique<sup>226</sup>.

C'est cette approche contractuelle pratique qui a été adoptée en Australie. En novembre 2011, les cinq plus importants FSI ont présenté au gouvernement une proposition détaillée pour faire face à la question du partage de fichiers illégaux<sup>227</sup>. L'accord prévoit l'implantation du système de l'envoi de lettres d'avertissement, mais, contrairement au régime de la réponse graduée, il ne comprend pas la sanction de la coupure de l'accès à l'Internet. Pour cela, les ayants droit devront recourir au système judiciaire en vue de faire punir les contrevenants récidivistes.

Selon Sandrine Hallemands<sup>228</sup>, cette proposition d'accord définit le cadre d'un régime de notification qui a pour objet d'éduquer les abonnés à l'Internet lorsque leurs connexions sont « suspectées » de se livrer à un téléchargement non autorisé de contenus protégés par la propriété intellectuelle. La responsabilité de la surveillance des réseaux de partage de fichiers reposerait sur les ayants droit, qui ne pourraient utiliser que des systèmes de détection testés et approuvés. Les avis de détection devront être envoyés aux fournisseurs d'accès à l'Internet dans les 14 jours suivant l'enregistrement d'une infraction et ces fournisseurs auront, à leur tour, 14 jours pour faire correspondre l'adresse IP fournie avec le compte d'un abonné et expédier à ce

---

226. ERNST & YOUNG, *La propriété intellectuelle à l'ère du numérique*, op. cit., p. 13.

227. COMMUNICATIONS ALLIANCE LTD, *Australian Internet Service Provider Proposal: "A Scheme to Address Online Copyright Infringement"*, 25 novembre 2011, <[http://www.commsalliance.com.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/32293/Copyright-Indus-try-Scheme-Proposal-Final.pdf](http://www.commsalliance.com.au/__data/assets/pdf_file/0019/32293/Copyright-Indus-try-Scheme-Proposal-Final.pdf)>.

228. Voir *Étude relative à la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet*, op. cit., p. 49.



dernier un avis d'infraction. Les abonnés qui reçoivent un premier avertissement de téléchargement illicite de fichiers devraient recevoir un avis (*Education Notice*) leur signifiant qu'une infraction a eu lieu à même leur compte, mais sans mentionner le contenu du document qui a été partagé. L'avis devrait également inclure une information sur la manière d'obtenir du contenu légalement. Après avoir reçu un avis, s'ensuivrait alors une période de 12 mois, période durant laquelle l'abonné recevra, s'il est pris de nouveau à défaut, un avis de violation de droits d'auteur (*Copyright Infringement Notice*), ce dernier avis détaillant cette fois-ci le contenu partagé en cause. Lorsqu'un abonné a reçu un avertissement, puis trois avis de violation, son FSI leur enverrait un nouvel avis (*Discovery Notice*) dans lequel est expressément inscrit que le titulaire du compte a été insensible aux avis précédents, que les titulaires de droit ont été informés de ce fait et que d'autres mesures pourraient suivre.

C'est à ce stade que les ayants droit auraient à décider s'ils souhaitent obtenir une ordonnance du tribunal pour obtenir l'identité du titulaire du compte afin de le poursuivre en vertu des lois existantes. À chaque étape, de l'*Education Notice* au *Discovery Notice*, l'abonné a la possibilité de faire appel. Les FSI proposent ce mécanisme à l'essai pour 18 mois et à l'issue de cette période d'essai, une évaluation indépendante sera effectuée en vue de déterminer si des changements devraient être apportés à ce système.

Il convient toutefois de mentionner que les ayants droit ne sont pas partie à l'accord, mais la déclaration du « Communication Alliance » souligne que le mécanisme mis en place est le résultat de discussions qui se sont tenues en 2011 entre les FSI, le gouvernement australien et les ayants droit. Contrairement au régime en place en Nouvelle-Zélande, ce n'est pas un mécanisme de réponse graduée intégral qui a été proposé par les FSI pour traiter des cas des contrevenants récidivistes. C'est dire qu'il n'y aura pas de suspension ou de coupure de l'accès à l'Internet des abonnés. C'est davantage un régime d'avertissement qui sera implanté et dont l'accent sera mis sur l'éducation des consommateurs.

C'est certainement la voie que suivra le gouvernement australien, étant donné que, le 20 avril 2012, la Haute Cour australienne confirmait le jugement de la Cour fédérale rendu en 2010 dans l'affaire iiNet à l'effet que le FSI impliqué n'était pas tenu responsable des infractions aux droits d'auteur commises par ses abonnés sur son réseau.

## 7. NOUVELLE ZÉLANDE

### 7.1 Le contexte

Après la France, le Royaume-Uni ou la Corée du Sud, la Nouvelle-Zélande a également été l'un des pays pionniers à introduire le mécanisme de la riposte graduée dans sa législation interne. La Nouvelle-Zélande recherchait ainsi le moyen d'adapter sa législation aux univers numériques afin de lutter efficacement contre les téléchargements non autorisés des contenus protégés par la propriété intellectuelle sur les réseaux P2P.

La législation sur le droit d'auteur de 1994<sup>229</sup> a été modifiée par une loi controversée, la *Section 92A of the Copyright Amendment Act*, qui a été votée en 2008 en vue de forcer les FSI à adopter une politique de suspension d'accès à l'Internet contre des abonnés qui se livreraient au téléchargement non autorisé de contenus protégés<sup>230</sup>. Cette loi stipule que les FSI devront adopter et mettre en œuvre de manière raisonnable une politique sur la résiliation, dans des circonstances appropriées, du contrat de service d'un contrevenant multirécidiviste<sup>231</sup>. Ainsi, de simples indices ou des allégations pourront suffire pour justifier la coupure d'accès, sans preuve ni intervention d'un juge.

Programmée pour être applicable dès la fin de février 2009, une véritable fronde des internautes néo-zélandais soutenus par les FSI s'était rapidement organisée pour contrer ce projet de loi avec, notamment, une pétition de 18 000 signataires<sup>232</sup> lancée le 18 décembre 2008 et un *blackout* du Web organisé le 28 février 2009<sup>233</sup>.

Les critiques<sup>234</sup> contre le projet de loi étaient également supportées par l'*Internet New Zealand Inc.* (InternetNZ), membre de l'ISOC

229. New Zealand Legislation, *Copyright Act 1994, Public Act 1994 No. 143*, <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html>>.

230. « Campaign to Stop File-Sharers Being "Guilty Upon Accusation" », *TorrentFreak*, 5 janvier 2009, <<http://torrentfreak.com/campaign-to-stop-file-sharers-being-guilty-upon-accusation-090105/>>.

231. Voir TCF – NEW ZEALAND TELECOMMUNICATIONS FORUM, *ICT Industry Moves To Address Copyright Confusion: A joint statement from the TCF, InternetNZ, ISPANZ, TUANZ, New Zealand Computer Society & Women in Technology, on section 92A of the recently passed Copyright (New Technologies) Amendment Act*, 19 septembre 2008, <<http://www.tcf.org.nz/news/01078523-35f5-41c4-b8bc-7ed0b4d07848.html>>.

232. *What is Copyright?*, <<http://creativecommons.org.nz/copyright/>>.

233. THE CREATIVE FREEDOM FOUNDATION, *This Website Is Blacked Out*, <<http://www.cre8d-design.com/wp-content/uploads/2009/02/blackout-day7.png>>.

234. « Govt Rejects Calls to Alter Internet Law », *Stuff*, 31 janvier 2009, <<http://www.stuff.co.nz/national/811696>>.

(*Internet Society*), dont le président, Keith Davidson, farouchement opposé au projet de loi, constatait que les FSI devraient désormais jouer le rôle de juge, de jury et de bourreau. Le porte-parole de *TelstraClear*, Mathew Bolland, renchérissait en déclarant que les FSI ne voulaient pas violer la loi, mais qu'ils ne voulaient non plus marteler leurs clients. L'interlocuteur de Google estimait de sa part que la suspension de l'abonnement à l'Internet dans le cadre de la riposte graduée constituait une sanction disproportionnée et que les droits de la défense n'étaient pas assurés. En effet, il jugeait que le projet de loi « met en danger les droits fondamentaux et les droits procéduraux des utilisateurs, en menaçant de suspendre l'accès à Internet des utilisateurs en se basant sur de simples allégations et en renversant la charge de la preuve sur l'utilisateur qui doit démontrer qu'il n'y a pas eu de délit »<sup>235</sup>.

Il convient de faire remarquer que, dans son application, la *Section 92A* de la loi comportait des différences significatives avec la *Riposte graduée* française. En effet, tenus de mettre en place la riposte graduée à la fin de février 2009, les FSI néo-zélandais avaient posé des conditions extrêmement strictes à sa mise en œuvre en publiant dès le 4 février 2009 un code de bonne conduite (*Internet Service Provider Copyright Code of Practice*)<sup>236</sup>, code qui devait encadrer l'application de la riposte graduée. Tout d'abord, l'internaute qui aurait été repéré comme contrefacteur aurait bénéficié de la présomption d'innocence jusqu'à ce que le FSI ait fourni des preuves acceptables de sa culpabilité. De plus, contrairement à la loi HADOPI, la Nouvelle-Zélande voulait confier la responsabilité de la « Section 92A » à un organisme judiciaire qui aurait eu à lui seul la responsabilité de prononcer la sanction lorsque le FSI aurait fourni des preuves suffisantes.

## 7.2 Les hauts et les bas du système de riposte graduée en Nouvelle-Zélande

Face à ces critiques, le gouvernement néo-zélandais, qui a d'abord refusé de reporter l'application du texte controversé, a ensuite capitulé en déposant un nouveau projet qui stipule qu'en cas d'infraction

235. Guillaume CHAMPEAU, « Google s'oppose à la riposte graduée », *Numerama*, 17 mars 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12343-google-s-oppose-a-la-riposte-graduee.html>>.

236. TCF – NEW ZEALAND TELECOMMUNICATIONS FORUM, *Internet Service Provider Copyright Code of Practice, Draft, 4 February 2009, For Public Consultation*, p. 29, <<http://www.tcf.org.nz/library/2e53bf81-d6c4-4735-9ed0-740e8b2c6af3.cmr>>.

tions répétées, l'internaute risquerait jusqu'à six mois de suspension, mais pourrait faire appel de la décision<sup>237</sup>.

Le 23 février 2009, au lieu d'attendre l'échéance du 28 février, le premier ministre néo-zélandais, John Key, a annoncé la suspension de l'entrée en vigueur de la Section 92A du projet de loi jusqu'au 27 mars si aucun accord entre les différentes parties concernées n'était trouvé<sup>238</sup>. Soulagé par ce report, tout comme les autres organisations qui s'étaient dressés contre le projet de loi, Keith Davidson a aussitôt déclaré que « les néo-zélandais peuvent pousser un soupir de soulagement, leur accès à Internet n'est plus menacé par des allégations non prouvées d'infraction au droit d'auteur. La Section 92A doit être abrogée. Couper un accès à l'Internet a toujours été une réponse disproportionnée à une atteinte au copyright et forcer les FSI et d'autres organisations à être les juges et les exécutants du copyright n'a jamais été une situation acceptable. Mais ce report est un bon début ».

Le ministre du Commerce, Simon Power, a justifié ce report par le fait que le cabinet a considéré que l'entrée en vigueur de la Section 92A dans sa conception actuelle ne serait pas approprié au regard du niveau d'incertitude gravitant autour de son fonctionnement. La Section 92A n'est cependant pas complètement abolie puisque le gouvernement prévoit des amendements élaborés sur la base d'accords entre ayants droit et FSI afin d'améliorer le texte et le rendre opérationnel. C'est ce qu'affirmait également le ministre des Communications et des Technologies de l'information, Steven Joyce, en cherchant à rassurer les parties prenantes : « nous allons garder un œil sur la manière dont la nouvelle loi fonctionne dans la pratique. Nous sommes prêts à envisager des modifications supplémentaires si cela s'avère nécessaire ».

Contre toute attente, le gouvernement néo-zélandais, sans attendre l'échéance du 27 mars 2009, a pris tout le monde de court en décidant le 23 mars qu'il ne mettra pas en œuvre sa riposte graduée, ou pas sous une forme identique au système français<sup>239</sup>. Il

---

237. « New Zealand Readies New Three-Strikes Legislation », *Music:Ally*, 17 décembre 2009, <<http://musically.com/2009/12/17/new-zealand-readies-new-three-strikes-legislation/>> (sur abonnement).

238. Juha SAARINEN, « John Key Delays Copyright Law: The Government May Suspend S92a If No Agreement Is Reached », *Computer World*, 22 février 2009, <[http://www.computerworld.co.nz/article/492772/john\\_key\\_delays\\_copy\\_right\\_law](http://www.computerworld.co.nz/article/492772/john_key_delays_copy_right_law)>.

239. Guillaume CHAMPEAU, « La Nouvelle Zélande abandonne la riposte graduée à la française », *Numerama*, 23 mars 2009, <<http://www.numerama.com/magazine/12394-la-nouvelle-zelande-abandonne-la-riposte-graduee-a-la-francaise.html>>.

n'est toutefois pas question officiellement d'abandonner totalement la riposte graduée, puisque le gouvernement dit avoir finalement entendu les arguments des opposants et souhaite remettre à plat le texte législatif pour mieux respecter les droits de la défense et la présomption d'innocence. Le premier ministre, satisfait de cette décision en a profité pour dénoncer un certain lobbying exercé par les industries culturelles :

Nous sommes reconnaissants au Gouvernement de s'être abstenu de permettre qu'Internet soit compromis sur la base des intérêts commerciaux étroits des industries du divertissement, qui tentent de sauver des modèles économiques chancelants. Ces industries devraient se concentrer sur l'éducation de leurs clients, pas sur les menaces actuellement constituées.<sup>240</sup>

Après l'échec de l'adoption de la riposte graduée au premier trimestre 2009, le gouvernement néo-zélandais et les représentants des ayants droit ne désarment pas de trouver une solution pour lutter contre le téléchargement illégal. Ainsi, une nouvelle Section 92A a donc été mise en chantier. Une commission spéciale composée de juristes spécialisés en propriété intellectuelle et en droit de l'Internet a participé à l'élaboration de cette nouvelle riposte graduée. La principale avancée de ce nouveau document concerne les FSI qui n'auront pas à jouer le rôle de *police du droit d'auteur* pour l'industrie culturelle. Néanmoins, la riposte graduée est toujours d'actualité, malgré les craintes qu'elle suscite, en particulier sur le volet des sanctions.

En juillet 2009, le gouvernement néo-zélandais a donc présenté une version remaniée de la riposte graduée, sans pour autant gommer les risques qu'un tel processus pourrait engendrer<sup>241</sup>.

### **7.3 La nouvelle riposte graduée néo-zélandaise et ses suites**

Le 16 décembre 2009, un texte intitulé *Illegal peer to peer file sharing*<sup>242</sup>, publié par le ministère du Commerce, propose de nouvelles mesures portant sur la poursuite des infractions répétées au droit

240. *Observatoire de la contrefaçon numérique, Coupure de la connexion à Internet : le consensus est ailleurs*, 31 mars 2009, <<http://www.contrefaconnumerique.fr/2009/03/31/le-faux-consensus-de-la-%C2%AB-riposte-graduee-%C2%BB>>.

241. ENIGMAX, « Modified 3 Strikes Back on Agenda For New Zealand Pirates », *TorrentFreak*, 14 juillet 2009, <<http://torrentfreak.com/modified-3-strikes-back-on-agenda-for-new-zealand-pirates-090714>>.

242. Office of The Minister of Commerce, *Illegal Peer-To-Peer File Sharing*, p. 32, <<http://www.med.govt.nz/upload/71039/S92A-Cabinet-Paper.PDF>>.

d'auteur en ligne. La suspension de l'accès à l'Internet des utilisateurs récidivistes est présentée comme une solution appropriée pour combattre la piraterie en ligne.

Le document préparé par le ministère du Commerce de la Nouvelle-Zélande contient des recommandations en vue de modifier la loi de 1994 avec pour objectif de trouver des moyens de lutter contre les atteintes au droit d'auteur commises sur les plateformes d'échanges de fichiers P2P. Trois mesures phares sont proposées : 1) les titulaires de droits seront habilités à envoyer des avertissements aux utilisateurs de fichiers P2P illégaux par l'intermédiaire des FSI. Le premier avertissement aurait une vocation pédagogique ; le deuxième serait un message enjoignant à l'abonné de mettre un terme à ses agissements ; enfin, un troisième avertissement informerait l'abonné que trois atteintes ou plus ont été commises par lui ; 2) si le titulaire de l'abonnement récidive, et à la condition que trois atteintes aient été commises dans un délai de neuf mois, l'ayant droit pourra porter plainte devant le Tribunal du droit d'auteur ; 3) les peines existantes sanctionnant les atteintes répétées au droit d'auteur sur les plateformes d'échanges en P2P seront renforcées afin d'y inclure la suspension de l'accès à l'Internet pour une durée maximale de six mois.

Le ministre du Commerce, qui envisageait d'introduire un projet de loi devant le Parlement avant la fin du mois de février 2010, l'a effectivement fait le 23 février 2010. Le projet de loi intitulé *Copyright Infringing File Sharing Amendment Bill*<sup>243</sup>, qui complète la loi de 1994 et qui vise à sanctionner le téléchargement illégal, est basé sur un mécanisme de « riposte graduée » en trois étapes afin de combattre les échanges de fichiers P2P illégaux, mécanisme semblable à celui mis en place en France par la Loi HADOPI. Il autorise notamment les ayants droit à transmettre aux FSI des preuves de violation de droits d'auteur. Les FSI devront alors transmettre un avertissement au possesseur de la ligne. Après trois avertissements, les ayants droit pourront saisir un tribunal du droit d'auteur, qui pourra ordonner le paiement de dommages et intérêts allant jusqu'à 15 000 dollars australiens.

Le projet de loi a été adopté en avril 2011 après quelques propositions d'amendements en commission parlementaire et il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011.

---

243. *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill, As reported from the Commerce Committee*, <<http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2010/0119/latest/DLM2764312.html>>.

En pratique, comme le souligne Sandrine Hallemans<sup>244</sup>, le nouvel article 122B du *Copyright Act* de 1994 résume les nouvelles dispositions de la loi créant un régime spécial permettant aux ayants droit de prendre des mesures exécutoires à l'encontre des personnes qui violent le droit d'auteur par le partage de fichiers. Les ayants droit, après avoir repéré des téléchargements non autorisés en ligne, enjoignent aux FSI d'envoyer des avis d'infraction gradués aux contrevenants présumés : tout d'abord, un avis de détection, ensuite un avis de mise en garde et, enfin, un avis d'exécution. Une fois ce dernier avis transmis au contrevenant, qui a donc ignoré les avertissements expédiés à ce jour, l'ayant droit peut prendre des mesures exécutoires à son encontre et tenter d'obtenir une ordonnance du tribunal pour le paiement d'une amende, ainsi qu'une injonction de suspension du compte Internet du contrevenant pour une durée maximale de six mois.

Il convient de faire remarquer que la Nouvelle-Zélande a opté pour une solution proche de celle retenue en France dans la Loi HADOPI, en faisant porter la responsabilité du téléchargement illégal sur le propriétaire de la ligne, et non sur le « téléchargeur » lui-même. L'un des aspects les plus controversés pour ceux qui s'opposent à cette loi est qu'elle inverse le fardeau de la preuve, ouvrant ainsi la voie à de nombreuses procédures abusives. Comme le souligne Rick Shera<sup>245</sup>, « 30 % des plaintes pour violation de droit d'auteur n'aboutissent pas parce que les plaignants ne peuvent pas prouver qu'ils détiennent les droits. Mais les ayants droit n'auront plus besoin de prouver qu'ils sont bien les propriétaires des droits », à moins que l'internaute ne conteste la plainte.

Alors qu'en France les internautes sont sanctionnés par une amende, ce sont des dommages et intérêts qui seront accordés aux ayants droit par les tribunaux néo-zélandais, ce qui pourrait les inciter à lancer un très grand nombre de procédures, dont certaines sans fondement, jugent les opposants à la loi<sup>246</sup>. Pour tenter de limiter ce problème, le législateur néo-zélandais a prévu que les plaignants

---

244. Sandrine HALLEMANS, *Étude relative à la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet*, op. cit., p. 29 ; voir également « Three Strikes File Sharing Bill Passed in New Zealand: NZFACT Backs Change Which Comes Into Effect on 1 September », *Computerworld*, 15 avril 2011, <[http://www.computerworld.com.au/article/383413/three\\_strikes\\_file\\_sharing\\_bill\\_passed\\_new\\_zealand](http://www.computerworld.com.au/article/383413/three_strikes_file_sharing_bill_passed_new_zealand)>.

245. « Net Piracy: Prove Innocence or Face Fine », *The New Zealand Herald*, 15 avril 2011, <[http://www.nzherald.co.nz/entertainment/news/article.cfm?c\\_id=1501119&objectid=10719372](http://www.nzherald.co.nz/entertainment/news/article.cfm?c_id=1501119&objectid=10719372)>.

246. « La Nouvelle-Zélande vote une loi proche de l'Hadopi », *Le Monde*, 15 avril 2011, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/04/15/la-nouvelle-zealande-vote-une-loi-proche-de-l-hadopi\\_1508007\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/04/15/la-nouvelle-zealande-vote-une-loi-proche-de-l-hadopi_1508007_651865.html)>.

doivent s'acquitter de frais de dossiers pour pouvoir déposer leurs plaintes. Le montant de ces frais n'a pas encore été fixé.

Les nouveaux développements découlant de l'implantation et de la mise en service du système néo-zélandais de réponse graduée indiquent que les premières lettres d'avertissement aux internautes ayant procédé à un partage illégal de fichiers protégés par le droit d'auteur ont été envoyées et que la Recording Industry Association of New Zealand (RIANZ), représentant l'industrie musicale néo-zélandaise, aurait déjà déposé 42 avis d'infraction qui seront transmis aux FSI des contrevenants présumés<sup>247</sup>. Les dernières statistiques publiées en juillet 2012 par la *New Zealand's Federation Against Copyright Theft* (FACT) montrent qu'il y aurait eu une baisse de 50 % du nombre de films téléchargés illégalement, tandis que le partage des fichiers non autorisés sur les réseaux P2P aurait chuté de 18 %. Toutefois, comme souligne la FACT, le nombre d'internautes utilisant les réseaux P2P illégaux pour télécharger des contenus protégés est encore de 41 % comparativement à la moyenne mondiale qui se situe autour de 28 %<sup>248</sup>.

La Nouvelle-Zélande est à l'heure actuelle le dernier pays à avoir instauré dans son droit interne un mécanisme de réponse graduée.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Les législations de lutte contre le téléchargement illégal ont-elles réussi à endiguer le phénomène de piratage sur Internet ou, à tout le moins, induire une baisse de la piraterie sur Internet ?

La reproduction et la distribution illégales des œuvres protégées ne sont pas un problème nouveau. Le phénomène a cependant pris une ampleur particulièrement importante ces dernières années à cause, notamment, de la démocratisation de l'Internet et de l'augmentation exponentielle des débits. C'est un fait. Cependant, l'inventaire des mesures proposées par divers gouvernements à travers le monde fournit une réponse tout à fait contrastée pour la simple raison que les résultats de l'implantation de ces mesures restent incertains du

---

247. Voir « New Zealand Three Strikes Gets Underway: Strike One Has Begun in New Zealand's Efforts To Crack Down on Internet Piracy », *CMU*, 1<sup>er</sup> novembre 2011, <<http://www.thecmuwebsite.com/article/new-zealand-three-strikes-gets-underway/>>.

248. Voir Iona SILVERMAN, « New Zealand Three-Strike Law Results in 50 % Decrease in Infringement », *The 1709 Blog*, 23 juillet 2012, <<http://the1709blog.blogspot.be/2012/07/new-zealand-three-strike-law-results-in.html>>.



fait des déficiences constatées dans les systèmes juridiques internes étudiés.

L'étude des réflexions juridiques menées dans le cadre de cette analyse révèle des approches distinctes sur l'identification du problème soulevé par le phénomène de téléchargement non autorisé des contenus protégés sur Internet. Si elles reposent toutes sur l'élaboration et l'implantation d'un système répressif sanctionnant le piratage, ces systèmes, qui poursuivent les mêmes objectifs, visent cependant des cibles distinctes, ce qui peut fonder, en pratique, l'esquisse de deux modèles de lutte contre la piraterie promouvant des mécanismes de sanctions dont l'un vise uniquement l'internaute (riposte graduée), et dont l'autre s'attaque directement aux intermédiaires techniques, convaincu que c'est eux la source du problème (filtrage ou bridage de l'Internet). Si l'un ou l'autre modèle ne produit pas les résultats escomptés, il pourrait s'avérer toutefois nécessaire de réfléchir à la complémentarité des deux mécanismes de sanction, si l'on veut aboutir à l'implantation d'un système répressif des plus efficaces.

Mais au-delà de ces dispositifs juridiques que balisent les nombreuses législations nationales étudiées, les réponses judiciaires à la lutte contre le téléchargement non autorisé des œuvres sur Internet s'avèrent toujours rapidement inadaptées à l'évolution des techniques, parce que le coût des poursuites et les difficultés d'exécution des jugements en cas d'infraction commise dans un pays donné par un contrevenant résidant dans un autre pays restent encore des sujets de préoccupation ; parce que les procédures judiciaires sont souvent lentes et coûteuses pour les titulaires de droits, et les poursuites sont relativement inappropriées ou surdimensionnées pour les ayants droit comme pour les utilisateurs finaux. Ceci pose notamment la question de la finalité et plus souvent de l'efficacité du cadre juridique et du dispositif judiciaire mis en place pour remédier à la violation des droits de propriété intellectuelle sur Internet et lutter contre le piratage. Il en résulte dès lors le constat qu'il ne suffit pas seulement d'adopter des lois sur la propriété intellectuelle, mais qu'il importe davantage de les faire appliquer de manière appropriée et de les accompagner par un ensemble de mesures promouvant également les offres légales en ligne et leur monétisation.

Cette étude montre qu'un consensus entre les ayants droit, les consommateurs et les FSI semble impossible à trouver tant les intérêts de chacun sont éloignés et divergents à bien des égards. Par exemple, si les maisons de disque veulent une riposte graduée pure et dure, les FSI, en revanche, pensent qu'une mise en avant des offres légales et une plus grande sensibilisation auprès du grand public

devraient résoudre ce problème épineux. L'un des principaux défis dans la lutte contre le téléchargement illégal demeure donc la mise en place d'offres légales, attractives et accessibles pour remplacer progressivement les offres illégales. Les pays à l'étude offrent un espace propice à ce type d'initiatives comme en témoignent plusieurs entreprises innovantes nées sur leur territoire.

Quelle que soit la direction que prendra tout autre gouvernement dans le monde, des voix se feront toujours entendre : un texte jugé trop répressif (coupure de la connexion à Internet, procédures judiciaires, filtrage) provoquerait la colère de certains consommateurs, mais des mesures trop laxistes mettraient aussi en péril l'industrie créative toute entière. Cette industrie est et reste vitale dans l'économie des pays. Ce qui pose donc la question de la qualité des services offerts aux consommateurs et qui les éloigneraient sans doute des offres illégales sur Internet, et permettraient aussi un meilleur financement de la culture. Nous aborderons cet aspect dans une prochaine livraison.