

**LE PEER TO PEER FACE AU DROIT D'AUTEUR :
SITUATION JURIDIQUE EN SUISSE ET AUX ETATS-UNIS**

Travail de Master

Sous la direction du professeur Vincent SALVADE

Par Benjamin Blaser

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION	1
II.	LE « PEER-TO-PEER »	2
	1. Définition	2
	2. Ampleur du phénomène.....	3
	3. Principe de territorialité.....	4
III.	CADRE JURIDIQUE SUISSE	5
	1. Principes généraux du droit d'auteur.....	5
	a) Remarques préliminaires.....	5
	b) La notion d'œuvre	5
	c) La notion d'auteur	6
	d) Etendue de la protection.....	7
	e) Limites au droit d'auteur et usage privé.....	9
	2. La LDA face au peer-to-peer.....	10
	a) Le « downloading »	10
	b) L' « uploading »	11
	3. Les solutions de la LDA contre l'usage illicite du P2P	12
	a) Actions défensives et réparatrices de droit civil.....	12
	b) Dispositions pénales de la LDA	13
	c) Personnes responsables	13
	d) Les redevances (art. 20 LDA).....	15
	4. « Mise à jour » de la législation suisse.....	16
IV.	SITUATION AUX ETATS-UNIS	18
	1. Principe généraux du « Copyright law »	18
	a) Remarques préliminaires.....	18
	b) Œuvres protégées par le Copyright.....	18
	c) La notion d'auteur	19
	d) Etendue de la protection.....	19
	e) Limites au Copyright et « fair use ».....	21
	2. Le copyright face à l'usage illicite du P2P.....	22
	a) Le « downloading »	22
	b) L' « uploading »	23
	3. Les solutions du copyright contre l'usage illicite du P2P.....	24
	a) Actions civiles.....	24
	b) Dispositions pénales	24
	c) Le Digital Millennium Act (DMCA)	24
	d) Personnes responsables.....	25
	e) Les redevances.....	27
V.	CONCLUSION	28

LISTE DES ABREVIATIONS

§	section
17 USC	Title 17 of the United States Code : Copyrights
18 USC	Title 18 of the United States Code : Crimes and criminal procedure
a	ancien
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AGUR12	Groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins.
ALPA	Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle
BO	Bulletin officiel
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), révisée à Paris le 24 juillet 1971 (RS 0.231.15)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
cf.	confer
CF	Conseil fédéral suisse
ch.	chiffre
CHF	franc suisse
CNC	Centre national français du Cinéma et de l'Image animée
CO	Code des obligations, des 30 mars 1911 et 18 décembre 1936 (RS 220)
coll.	collection
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CR-PI	Commentaire romand – Propriété intellectuelle
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1998 (RS 101)
DFPJ	Département fédéral de justice et police
dir.	direction
DMCA	Digital Millenium Copyright Act du 28 octobre 1998, 17 U.S.C sect. 512.
DVD	Digital Versatile Disc
éd.	édition
etc.	et caetera
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
FF	Feuille fédérale
FSI	Fournisseur de service Internet
<i>Ibidem</i>	au même endroit
<i>Infra</i>	ci-dessous

Internet	International Network (réseau international)
IP	Internet Protocol
IPI	Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
ITU	Union internationale des télécommunications
JdT	Journal des Tribunaux
LDA	Loi fédérale du 6 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
let.	lettre(s)
MP3	MPEG-1/2 Audio Layer 3
MPAA	Motion Picture Association of America
N°	numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	page
p. ex.	par exemple
P2P	peer-to-peer
pp.	pages
PIPA	Protect IP Act (bill 122th Congress, S.968)
réf. cit.	references citées
RIAA	Recording Industry Association of America
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSPI	Revue Suisse de Propriété Intellectuelle
Sect.	Section
sic !	Sic ! Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	Semaine judiciaire
SOPA	Stop Online Piracy Act (Bill 112th Congress, H.R3261.IH)
ss	et suivant(e)s
SSA	Société Suisse des Auteurs, société coopérative
SUISA	Coopérative des auteurs et éditeurs de musique
<i>supra</i>	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
th.	Thèse
TMC	Trident Media Guard
USC	Code of Laws of the United States of America
v.	<i>versus</i>

BIBLIOGRAPHIE

I. Remarques

Les sites Internet consultés non mentionnés dans la bibliographie, sont cités en notes de bas de page.

Le contenu des sites Internet rapportés est tel qu'il apparaît au 29 avril 2017.

II. Doctrine

ALPA, en collaboration avec Mediametrie, CNC, TMG et Mediametrie/Netratings, *La consommation illégale de vidéos en France – Evolution 2009 - 2016*, du 22 février 2016, accessible sur <http://www.alpa.paris/wp-content/uploads/2017/02/Etude-Piratage-Internet-Année-2016-.pdf> (cité : ALPA).

ANTREASYAN Sevan, *Réseaux sociaux et mondes virtuels – Contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle*, Thèse de doctorat, Université de Genève, 2016, accessible sur <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83548> (cité : ANTREASYAN).

BARRELET Denis† et EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Berne 2008 (cité : BARRELET / EGLOFF).

BERNAULT Carine et LEBOIS Audrey, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique – Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur internet* (sous la dir. d'A. Lucas), Université de Nantes, IRDP, juin 2005 (cité : BERNAULT / LEBOIS).

BRÄNDLI Sandra et TAMO Aurelia, *Mainstream – Streaming als Nutzungsform der Gegenwart und der Zukunft*, in : Sic ! N° 11 / 2013, pp. 651-662 (cité : BRÄNDLI / TAMO).

CHARLET François, *Responsabilité en droit d'auteur des intermédiaires : de l'hébergeur aux plateformes interactives*, Université de Lausanne, 2012, accessible sur https://francoischarlet.ch/wp-content/uploads/.../Memoire_Francois_Charlet_2012.pdf (cité : CHARLET).

DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999 (cité : DESSEMONTET).

DIDI Mysha, *The Effects of Pirated Music on Individual Musicians*, Skidmore Economics, th., Skidmore College, 2016, accessible sur http://creativematter.skidmore.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=econ_studt_schol (cité : DIDI).

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF), *RIAA v. The People : Five Years Later*, 2008, accessible sur <https://www.eff.org/files/eff-riaa-whitepaper.pdf> (cité : ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION).

EQUEY David, *La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet. Etude à la lumière des droits suisse, allemand et français*, Berne 2016 (cité : EQUEY).

EUIPO, *European citizens and intellectual property : Perception, awareness, and behaviour*, mars 2016, accessible sur : http://www.safe.ch/uploads/media/european_public_opinion_study_web_01.pdf. (cité : EUIPO, *European citizens and intellectual property*).

EUIPO, *Intellectual property and youth – Scorbord 2016*, 2016, accessible sur : https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IP_youth_scoreboard_study/IP_youth_scoreboard_study_en.pdf (cité : EUIPO, *Intellectual property and youth*).

EUIPO, *EU recording industry loses €170 million annually due to music piracy*, Communiqué de presse du 24 mai 2016, accessible sur https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/research-and-studies/ip_infringement/study7/Press_release-Music_industry_en.pdf (cité : EUIPO, *communiqué de presse 2016*).

FEHLBAUM Pascal, *Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet: une autre approche ?*, in : *Sic !* N°11 / 2007, pp. 855 ss (cité : FEHLBAUM).

FUNG Wan Man Jason et LAKHANI Avnita, *Combating peer-to-peer file sharing of copyrighted material via anti-piracy laws: Issues, trends, and solutions*, in: *computer law & security review 2013 / N°29*, p. 382-402 (cité : FUNG / LAKHANI).

GILLIERON Philippe, *Propriété intellectuelle et Internet*, CEDIDAC, Lausanne, 2003 (cité : GILLIERON).

GILLIERON Philippe et DE WERRA Jacques, *Commentaire romand du droit de la propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité : CRPI/[LOI]-[AUTEUR]).

GORDON Steve, *The future of the music business – How to succeed with the new digital technologies – A Guide for Artists and Entrepreneurs*, 3^{ème} éd., Milwaukee (Wisconsin) 2011 (cité : GORDON).

LAFRANCE Mary, *Copyright Law in a nutshell*, 3^e éd., St-Paul (Minnesota) 2017 (cité : LAFRANCE).

MORAND Anne, *Quelques différences entre Droit d'auteur (français) et Copyright (américain) partie 2*, 2014, accessible sur <https://droitdavenir.wordpress.com/2014/11/05/quelques-differences-entre-droit-dauteur-francais-et-copyright-americain-p-1/> (cité : MORAND).

MORGAN Sarah K., *The International Reach of Criminal Copyright Infringement Laws—Can the Founders of The Pirate Bay Be Held Criminally Responsible in the United States For Copyright Infringement Abroad?*, in : *Vanderbilt journal of international law*, vol. 49 / 2016, p. 553 ss (cité : Morgan).

MÜLLER Jérémie, *La cybercriminalité économique au sens étroit – Analyse approfondie du droit suisse et aperçu de quelques droits étrangers*, in : *RJL - Recherches juridiques lausannoises* N° 52 / 2012, pp 15-29 (cité : MÜLLER).

OCDE, *The future of the internet economy – A statistical profile*, 2011 accessible sur: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes5/Statistical%20Profile%20PECD%20HL%20Meeting.pdf> (cité : OCDE).

PORTMANN Urs et LING Peter, *Le partage de fichiers en-ligne après l'arrêt Grokster et dans le projet de révision de la LDA*, IN : CEDIDAC, N°43/ 2005, accessible sur https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Bulletins/Bulletin_no_43.pdf (cité : PORTMANN / LING).

REUSSER Steve, *L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur*, th., Université de Neuchâtel, 2014 (cité : REUSSER).

SALVADE Vincent, *Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication*, Coll. *Quid iuris ?*, Genève 2015 (cité : SALVADE, *Quid iuris*).

SALVADE Vincent, *Du streaming au cloud computing : quel avenir pour la copie privée en Suisse?*, in : *Sic !* N° 9 / 2016, pp. 434-441 (cité : SALVADE, *Cloud computing*).

SALVADE Vincent, *Streaming et linking : la neutralité technologique du droit d'auteur est-elle assurée ?*, in : *RSDA* N° 1 / 2017, pp. 71-78 (cité : SALVADE, *Streaming et linking*).

SAMARTZI Vasiliki, *On uploading and downloading copyrighted works: the potential legality of the users' interest in engaging in such acts - the case of EU and US paradigm*, in : Values and Freedoms in Modern Information Law and Ethics, Athènes 2012, p. 709 ss (cité : SAMARTZI).

SAMUELSON Pamela and WHEATLAND Tara, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, in : William & Mary Law Review N°51 / 2009, p. 439 – 510, accessible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2151&context=facpubs> (cité : SAMUELSON/WHEATLAND).

SESSA Stéphane, *Le téléchargement d'œuvres sur Internet : légiférer ou ne pas légiférer ?*, Mémoire de master, Université de Neuchâtel, 2012, accessible sur https://www.unine.ch/files/live/sites/ccfi/files/shared/PolePI.../Sessa_Memoire.pdf (cité : SESSA).

TETU Martin, *Le téléchargement pair-à-pair au Québec : un premier portrait statistique à partir d'une observation directe*, in : Statistiques en bref, n° 56, Institut de la statistique du Québec, Observatoire de la culture et des communications du Québec, 2010, accessible sur <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/culture/bulletins/stat-bref56.pdf>, (cité : TETU).

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Basics – Circular 1*, 2012, accessible sur <https://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf> (cité : UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Basics*).

III. Sites Internet

Confédération suisse	www.admin.ch
IPI	www.ige.ch
Netflix	www.netflix.com
OMPI	www.wipo.int
Parti pirate suisse	www. partipirate.ch
Skype	www.skype.com
SUISA	www.suisa.ch
U.S. Copyright Office	www.copyright.gov/
Wikipédia	https://fr.wikipedia.org/

IV. Travaux préparatoires et rapports

Postulat Savary Géraldine, *La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ?*, BO, Conseil des Etats, 2010, 10.3263, accessible sur : <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103263>.

Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations d'œuvres illicites sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, 30.11.2011, version française, accessible sur : <https://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ejpd/aktuell/news/2011/2011-11-30/ber-br-f.pdf>.

Rapport du Conseil fédéral sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet, 11.12.2015, version française, accessible sur : <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-12-110/ber-br-f.pdf>.

Rapport final de l'AGUR12 du 28 novembre 2013, version française, accessible sur https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf, (cité : Rapport final de l'AGUR12).

Rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur, 22.12.2015 ; version française accessible sur : <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2015/2015-12-11/vn-ber-f.pdf>.

Rapport du *United States Copyright Office, The Making Available Right in the United States – A report of the register of copyright*, 2016, accessible sur https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (cité : UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*).

I. Introduction

La transition de l'analogique au numérique a apporté de nombreux avantages à l'industrie du divertissement et aux consommateurs. Cette technologie a notamment permis de diminuer la taille des supports multimédia, d'augmenter la qualité visuelle et audio des produits ou encore d'enrichir les fonctionnalités des services. Les DVD ont ainsi remplacé les cassettes VHS et intègrent des doublages en plusieurs langues et des sous-titres.

Le revers de cette évolution est qu'elle a ouvert la voie à de nouvelles atteintes à la propriété intellectuelle.

Effectivement, avant l'ère de la numérisation, seuls les détenteurs de moyens techniques coûteux parvenaient à créer des copies d'œuvres protégées¹. Le développement de la numérisation et d'Internet permet aujourd'hui de dupliquer des sources numériques à partir de n'importe quelle copie qu'il s'agisse d'un fichier musical ou vidéo, d'un logiciel ou d'un livre.

La copie, mais surtout le partage de contenus multimédia, ont largement été démocratisés et facilités par l'apparition de logiciels de type *peer-to-peer* (P2P). Cette technologie permet aux utilisateurs, les « peers », de se transmettre de volumineux fichiers numériques en très peu de temps et sans perte de qualité.

Ces programmes sont le plus souvent utilisés par les utilisateurs pour partager du contenu numérique protégé par le droit d'auteur. Le P2P est donc régulièrement visé par l'industrie du divertissement, respectivement les ayants droit, qui se plaignent de la violation de leurs droits et d'un manque à gagner qui se traduit par une diminution des ventes².

Ce mémoire a pour but de présenter la manière dont le droit d'auteur suisse règle la problématique du P2P. Cette étude nous a semblé intéressante après avoir constaté qu'une grande partie de la population n'est pas au clair sur la légalité de cette technologie³. En raison de ses spécificités techniques, le P2P pose également des questions juridiques qui lui sont propres.

Dans le cadre de ce travail, je commencerai par présenter le P2P. Cette étape me semble nécessaire pour comprendre les implications juridiques causées par l'utilisation de ce type de programmes. Je poursuivrai par l'étude des principes généraux du droit d'auteur suisse et leur application au P2P. J'étudierai ensuite les outils juridiques conférés par le droit d'auteur permettant de faire face aux utilisations illicites liées à cette technologie.

Dans un second temps, je me pencherai sur la façon dont les Etats-Unis abordent le P2P. Dans ce pays, la violation du droit d'auteur est d'une toute autre ampleur : l'industrie du divertissement y est un acteur économique majeur et le chiffre d'affaires des industries musicales et cinématographiques y atteint des dizaines de milliards de dollars. En outre, l'ordre juridique de ce pays est issu du *common law* et l'approche au droit d'auteur y est différente qu'en Suisse. Ce pays ne parle d'ailleurs pas de droit d'auteur mais de *copyright*.

Afin de rendre la comparaison plus concrète, j'ai adopté, dans la mesure du possible, une structure similaire pour la présentation du droit des deux pays.

¹ Seules les personnes en possession d'une presse à imprimer ou d'une presse à vinyles, par exemple, et disposant d'un vaste réseau de distribution, pouvaient avoir une influence sur le marché.

² Cf. *infra* chap. II, 2.

³ Cf. EUIPO, *European citizens and intellectual property* pp. 21-22 : selon ce rapport, les consommateurs ne sauraient pas toujours ce qui est légal ou non.

II. Le « Peer-to-peer »

1. Définition⁴

Le peer-to-peer (P2P ou pair-à-pair), est un modèle de réseau informatique qui consiste à mettre en contact différents ordinateurs par le biais d'un réseau⁵. Il permet aux utilisateurs de transférer toute sorte de contenus numériques⁶. Il nécessite l'installation d'un logiciel, le plus souvent gratuit⁷. Ce procédé permet à ses utilisateurs d'effectuer un transfert de données dans deux sens : il est ainsi possible de charger du contenu *depuis* un ordinateur distant mais aussi *vers* ce dernier. Dans le premier cas, nous parlerons de *downloading* (téléchargement) et dans le second d'*uploading* (mise à disposition ou téléversement).

Le P2P se distingue du modèle habituel du « client-serveur » dans lequel un client envoie une requête à un serveur, qui y répond⁸. En effet, avec le P2P, chaque client est également serveur : les données passeront directement d'un utilisateur à un autre sans transiter par un serveur central⁹. En P2P, tous les utilisateurs ont accès à tous les fichiers partagés des autres utilisateurs¹⁰. Plus les utilisateurs sont nombreux, plus l'offre sera diversifiée¹¹. Ainsi, un nombre gigantesque de fichiers disponibles peuvent être partagés et cela à un faible coût, puisque le système ne nécessite pas de serveur contenant tous les fichiers. L'architecture d'un programme peer-to-peer peut être centralisée ou décentralisée¹².

Dans la première variante, les utilisateurs se connectent à un serveur central. Ce dernier répertorie les différents fichiers se trouvant chez les utilisateurs et « guide » en quelque sorte les clients vers un ordinateur qui détient le fichier voulu. Les fichiers en tant que tels se situent toutefois chez les utilisateurs qui les transfèrent entre eux sans passer par le serveur central¹³. La faiblesse d'une telle conception est qu'en cas de disparition du serveur central, suite par exemple à une défaillance technique ou une action en justice, c'est tout le réseau qui s'effondre puisque les utilisateurs ne seront plus guidés vers les données désirées¹⁴. Pour cette raison, les logiciels *peer-to-peer* tendent vers une architecture décentralisée¹⁵.

Dans cette deuxième variante, chaque ordinateur constitue un serveur sur lequel sont stockés des fichiers que des tiers peuvent venir chercher¹⁶. Les utilisateurs sont ainsi directement connectés entre eux. Un serveur central n'est plus nécessaire¹⁷ et le fournisseur de logiciel ne joue même plus un rôle d'intermédiaire¹⁸. Lorsqu'il est décentralisé, le système ne repose plus sur un seul élément dont la fermeture causerait sa disparition. Cette caractéristique le rend plus robuste¹⁹.

L'un des protocoles de transfert de donnée P2P les plus redoutables est *BitTorrent*²⁰. Celui-ci permet aux utilisateurs de créer des fichiers avec une extension « *.torrent* » qui dirigent les autres utilisateurs

⁴ Pour rédiger ce chapitre, j'ai notamment consulté l'article « pair-à-pair » de l'encyclopédie en ligne Wikipédia, https://fr.wikipedia.org/wiki/Pair_à_pair#cite_ref-1.

⁵ FUNG / LAKHANI, p. 383.

⁶ *ibidem*.

⁷ FEHLBAUM, p. 855.

⁸ MÜLLER, p. 17.

⁹ Le P2P s'oppose ainsi au « téléchargement direct » qu'on retrouve sur des plateformes telles que Mega (www.mega.fr).

¹⁰ PORTMANN / LING, p. 2.

¹¹ *Ibidem*.

¹² FEHLBAUM, p. 855.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ce type de réseau était utilisé par Napster.

¹⁵ EQUEY, p. 731.

¹⁶ BERNAULT / LEBOIS, p. 6.

¹⁷ FEHLBAUM, p. 855.

¹⁸ BERNAULT / LEBOIS, p. 6.

¹⁹ Ce type de réseau a été utilisé par Grokster et Kazaa.

²⁰ [https://fr.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_\(protocole\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_(protocole)).

vers un dossier spécifique recherché se trouvant sur l'ordinateur « source »²¹. La spécificité de ce protocole est que lorsqu'une demande de partage est initiée par un fichier torrent, l'ordinateur source va diviser le fichier désigné en plusieurs fragments. Le fichier sera alors transféré par petits paquets et ne sera complet que lorsque toutes les parties auront été téléchargées. Le protocole BitTorrent permet une vitesse de téléchargement très élevée puisque chaque utilisateur pourra se mettre à partager une partie du fichier alors même qu'il ne dispose pas du fichier complet sur son ordinateur²².

La plupart des programmes P2P sont généralement paramétrés pour qu'une fois téléchargé, le fichier, ou le fragment de fichier, soit mis à disposition des autres utilisateurs²³. Ces programmes encouragent donc l'internaute à partager les fichiers qu'il télécharge. Comme le constate EQUEY, il est toutefois en principe possible de configurer les programmes P2P de manière à bloquer, ou du moins fortement diminuer, le partage automatique des données téléchargées²⁴.

En bref, le P2P permet techniquement de télécharger et de mettre à disposition de gros fichiers rapidement et sans perte de qualité - qu'il s'agisse par exemple d'un film, d'un morceau de musique, d'un logiciel ou encore d'un livre numérique - sans qu'un serveur central soit impliqué.

2. Ampleur du phénomène

Les chiffres exacts de l'utilisation de logiciels P2P ainsi que de l'impact économique provoqué par ces derniers a donné lieu à de nombreuses discussions et études. Toutefois, ces études aboutissent à des conclusions très diverses en fonction des données à disposition ainsi que des hypothèses et méthodes d'analyse²⁵.

Pour donner un ordre de grandeur, il ressort d'un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), qu'en 2010, environ 20% du trafic généré par les internautes des pays membres provenaient des réseaux P2P²⁶.

Avec l'apparition du *streaming* mais aussi d'offres payantes attrayantes telles que Netflix²⁷ ou Spotify²⁸, l'utilisation des programmes P2P, et de manière plus générale, les copies privées durables²⁹, ont tendance à diminuer. En France par exemple, une récente étude parvient à la conclusion que l'utilisation du P2P dans ce pays serait en baisse : en 2016, elle aurait diminué de 20 % depuis 2015 et de 50% par rapport à 2009³⁰. Si cette tendance semble se confirmer dans toute l'Europe le combat reste rude³¹. Ainsi, en 2016, l'European Union Intellectual Property Office (EUIPO) constate que « *The increase in the preference for and use of legal sources has not yet led to a decrease in the use of illegal ones* »³².

Il faut dire que certaines plateformes P2P n'ont rien à envier aux plateformes payantes légales. L'offre illégale est parfois tout aussi bien présentée, plus fournie et, cerise sur le gâteau, gratuite... Aucun besoin donc d'enregistrer sa carte de crédit. Les programmes comme Stremio³³ ou anciennement

²¹ FUNG / LAKHANI, p. 383.

²² Le site The Pirate Bay répertoriait initialement des fichiers *torrent*.

²³ FUNG / LAKHANI, p. 383.

²⁴ EQUEY, p. 731.

²⁵ Cf. Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations d'œuvres illicites sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, 30.11.2011, p. 4.

²⁶ OCDE, p. 15.

²⁷ www.netflix.com.

²⁸ www.spotify.com.

²⁹ SALVADE, *Cloud computing*, p. 434.

³⁰ ALPA, p. 12.

³¹ Selon un rapport de 2016 de l'EUIPO, les raisons principales du désintéressement pour l'offre illégale seraient la disponibilité de produits accessibles financièrement, de mauvaises expériences avec un produit illégal et le risque d'une sanction : EUIPO, *European citizens and intellectual property*, pp 13-14.

³² EUIPO, *European citizens and intellectual property*, p. 16 ; EUIPO Intellectual property and youth, p. 117.

³³ <http://www.stremio.io>.

PopcornTime³⁴ sont de parfaits exemples : bien que fonctionnant sur une technologie P2P, ils permettent une lecture en streaming des fichiers vidéos et disposent d'une interface très aboutie.

Du côté des consommateurs, le sentiment d'impunité, la facilité d'accès, la qualité et la quantité de l'offre du P2P sont des arguments qui les font pencher vers ce mode de consommation³⁵. Par ailleurs, l'ère « du tout gratuit » numérique est aujourd'hui bien ancrée dans les mœurs de sorte que le retour en arrière s'avère difficile³⁶. Les consommateurs ne distinguent en effet plus toujours ce qui est légal de ce qui ne l'est pas³⁷ et bien que parfois conscients des normes de propriété intellectuelle, ils ne prennent pas en compte ces dernières³⁸.

L'impact du P2P sur l'industrie du divertissement n'est pas facile à établir. Selon un rapport de l'EUIPO, en 2014, un montant de 170 millions d'euros, soit 5.2% sur toutes les ventes de musique, aurait été perdu en raison de téléchargements illégaux en Europe³⁹. Si la plupart des études conviennent d'un impact négatif du P2P sur les ventes, certaines indiquent au contraire un effet positif sur les comportements d'achat⁴⁰.

Il ressort de ce qui précède que l'impact du P2P n'est pas facile à déterminer avec exactitude. En Suisse, il n'existe d'ailleurs à notre connaissance aucune étude sur l'utilisation des réseaux P2P⁴¹. Il convient également de relever que les logiciels P2P ne servent pas uniquement à des activités illicites. En effet, les fichiers partagés peuvent également être libres de droit. En outre, bien que le transfert de fichiers soit l'utilisation la plus répandue, le P2P n'est pas exclusivement utilisé à cette fin. Il permet également le partage de flux multimédia continus (streaming) ou encore le calcul distribué. Dans ce dernier cas, les internautes peuvent mettre à disposition une partie de la puissance de calcul de leur ordinateur pour effectuer des calculs qui seraient trop complexes avec une seule machine. Le modèle P2P a également été utilisé par Skype jusqu'en 2016 dans le domaine de la communication⁴².

3. Principe de territorialité

Il est bien établi qu'Internet ne connaît aucun territoire. Effectivement, il arrive souvent que des fichiers soient copiés par des personnes se trouvant en Suisse sur des serveurs étrangers et vis-versa.

Le P2P ne fait pas exception à cette règle. Cette technologie amplifie même le phénomène puisque un fichier peut provenir d'une multitude d'ordinateurs différents. Ainsi, lorsqu'un auteur désire faire valoir ses droits en raison du partage de l'une de ses œuvres sur un réseau P2P, il sera confronté à plusieurs difficultés.

D'une part, il n'est pas toujours évident de déterminer quel acteur est responsable de l'atteinte au droit d'auteur. En effet, plusieurs acteurs sont susceptibles d'engager leur responsabilité sur les réseaux P2P. En outre, en adoptant ces systèmes décentralisés, les concepteurs de logiciels P2P ont trouvé une parade pour être quasi intouchables : dès lors qu'ils ne jouent même plus le rôle d'intermédiaires dans l'échange de fichiers des utilisateurs, il devient très difficile de les attaquer directement.

D'autre part, l'auteur d'une œuvre devra souvent s'attaquer à des acteurs provenant d'autres pays, ce qui posera la question de la loi applicable. Comme les législations diffèrent d'un Etat à l'autre, un usage prohibé dans un pays pourra être licite dans un autre.

³⁴ <https://popcorn-time.to>.

³⁵ Voir notamment, EUIPO, *Intellectual property and youth*, p. 36.

³⁶ Cette gratuité est soutenue par différents partis pirates qui militent le plus souvent en faveur du partage de toutes les données. Selon le parti pirate suisse, le droit d'auteur actuel serait totalement inadapté à l'ère de l'information, et devrait être réformé. Selon ce parti, les périodes de protection des œuvres devraient notamment être réduites de manière significative (cf : <https://www.partipirate.ch/programme-de-legislature-2015-2019>).

³⁷ EUIPO, *European citizens and intellectual property*, p. 22.

³⁸ EUIPO, *Intellectual property and youth*, p. 117.

³⁹ EUIPO, *Communiqué de presse 2016*.

⁴⁰ Voir TETU, p. 5 et réf. citées.

⁴¹ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations d'œuvres illicites sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, 30.11.2011, p. 5.

⁴² Cf. site Internet de Skype : <https://support.skype.com/fr/faq/FA12381/qu-est-ce-que-le-cloud-nbsp>.

III. Cadre juridique Suisse

1. Principes généraux du droit d'auteur

a) Remarques préliminaires

A teneur de l'article 1 al. 1 let. a LDA, la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins protège les « auteurs d'œuvres littéraires et artistiques ». Il convient de préciser les notions d'auteur et d'œuvre au sens du droit suisse. J'analyserai ensuite l'étendue du droit d'auteur et ses limites.

S'agissant des droits voisins, ils tombent également sous le coup de la LDA. Ces droits « ne protègent pas les œuvres elles-mêmes, mais seulement des prestations effectuées lors de l'exécution des œuvres »⁴³. La LDA protège ainsi en particulier les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que les organismes de diffusion qui disposeront de droits semblables à ceux des auteurs⁴⁴. Je n'examinerai pas plus en détail ces droits dans la mesure où ils ne concernent que marginalement la présente étude.

b) La notion d'œuvre

A teneur de l'art. 2 LDA, est une œuvre « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel ». Cette définition s'applique à tous les genres artistiques⁴⁵.

Une création doit respecter trois conditions pour être considérée comme une œuvre au sens de la LDA.

L'œuvre doit premièrement être une « **création de l'esprit** », c'est-à-dire l'expression de la pensée humaine⁴⁶. Une intervention intellectuelle de l'être humain est impérativement nécessaire pour qualifier une création d'œuvre⁴⁷. Cet élément exclut les objets ou produits créés naturellement⁴⁸. La notion de création induit aussi une idée de nouveauté par rapport à ce qui était déjà existant⁴⁹. Le degré de nouveauté n'a pas forcément besoin d'être élevé pour que la protection soit accordée⁵⁰.

En deuxième lieu, l'œuvre doit revêtir un **caractère individuel**, soit un cachet qui lui est propre⁵¹. Cette condition constitue le caractère décisif selon le Tribunal fédéral, qui considère que l'individualité doit s'exprimer dans l'œuvre elle-même⁵². Une œuvre qui ressemblerait trop à une création déjà existante ne sera donc pas protégée⁵³.

Enfin, la LDA impose que la création de l'esprit appartienne aux domaines de la **littérature ou de l'art**. Cette définition est extrêmement large⁵⁴, à tel point que selon BARRELET et EGLOFF « tout ce qui est appelé art ou littérature par les auteurs doit être considéré comme tel »⁵⁵. Selon le message du Conseil fédéral, ces notions excluent toutefois « les simples idées, les prestations, les concepts et les méthodes. Cette restriction réserve la protection aux formes d'expression de l'esprit humain et en

⁴³ DESSEMONTET, p. 511.

⁴⁴ Art. 33 ss LDA.

⁴⁵ SALVADE, *Quid iuris*, p. 4.

⁴⁶ ATF 130 III 172 du 5 septembre 2003.

⁴⁷ BARRELET / EGLOFF, N° 5 ad art. 2 LDA.

⁴⁸ BARRELET / EGLOFF, N° 5 ad art. 2 LDA.

⁴⁹ SALVADE, *Quid iuris*, p. 4, 5 ; BARRELET / EGLOFF, N° 6 ad art. 2 LDA.

⁵⁰ BARRELET / EGLOFF, N° 6 ad art. 2 LDA.

⁵¹ BARRELET / EGLOFF, N° 8 ad art. 2 LDA.

⁵² ATF 136 III 225 (cons.4.2).

⁵³ BARRELET / EGLOFF, N° 8 ad art. 2 LDA.

⁵⁴ BARRELET / EGLOFF, N° 7 ad art. 2 LDA.

⁵⁵ BARRELET / EGLOFF, N° 7 ad art. 2 LDA et réf. cit.

exclut les idées elles-mêmes»⁵⁶. L'art. 2 al. 3 LDA prévoit une dérogation à cette exigence en considérant les logiciels, qui appartiennent pourtant au domaine technique, comme des œuvres.

A noter qu'une œuvre peut exister même sans être fixée sur un support matériel, elle doit cependant être perceptible et donc avoir été exprimée⁵⁷.

L'art. 2 al. 2 LDA contient une liste exemplative des œuvres qui peuvent prétendre à la protection du droit d'auteur. Relevons qu'une œuvre figurant dans une catégorie énumérée à cet article devra remplir les conditions d'applications de l'al. 1 pour bénéficier de la protection de la LDA⁵⁸. Selon cette liste, les textes⁵⁹, les créations musicales⁶⁰, les images et les vidéos⁶¹ peuvent être protégés s'ils présentent un caractère d'individualité. En revanche, des créations ne présentant aucun cachet propre, telles des photos de paysages prises en vacances⁶², de simples accords⁶³ ou des bruitages non organisés⁶⁴ ne seront pas protégés par la LDA et pourront être partagés sur un réseau P2P sans enfreindre le droit d'auteur.

La LDA protège également les œuvres dérivées. Il s'agit d'une « *création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel* »⁶⁵. Les recueils d'œuvres bénéficient aussi de la protection⁶⁶.

c) La notion d'auteur

L'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre⁶⁷. L'âge ou la capacité d'exercer les droits civils ne sont pas des conditions pour être auteur⁶⁸.

L'art. 8 LDA prévoit une présomption de la qualité d'auteur : « *Jusqu'à preuve du contraire, la personne désignée comme auteur par son nom, un pseudonyme ou un signe distinctif sur les exemplaires de l'œuvre, ou lors de la divulgation de celle-ci, est présumée être l'auteur* ». Dans le cas où l'auteur n'est pas désigné, c'est la personne qui fait paraître l'œuvre qui pourra exercer les droits d'auteur⁶⁹.

En Suisse, c'est donc le principe dit « du créateur » qui prévaut⁷⁰. Comme nous le verrons, ce concept s'oppose à la conception anglo-saxonne axée principalement sur la personne qui porte le risque financier de l'activité créatrice⁷¹.

La définition de la LDA exclut ainsi les personnes morales, lesquelles ne pourront exercer les droits d'auteur que de manière dérivée⁷². L'employeur de l'auteur ne bénéficiera en principe originairement pas de droits d'auteur⁷³.

⁵⁶ Message du CF, FF 1989 III 507.

⁵⁷ BARRELET / EGLOFF, N° 5 ad art. 2 LDA.

⁵⁸ ANTREASYAN, p. 243, N° 689.

⁵⁹ Art. 2 al. 2 let. a LDA.

⁶⁰ Art. 2 al. 2 let. b LDA.

⁶¹ Voir BARRELET/EGLOFF, N° 14, ad art. 2 LDA.

⁶² Cf. CRPI/LDA-DESSEMONTET, N° 49 ad art. 2 LDA, selon lequel, une « *très grande partie de la production photographique des amateurs ne mérite pas la protection de la loi* ».

⁶³ Voir BARRELET / EGLOFF, N° 14 ad art. 2 LDA.

⁶⁴ ANTREASYAN, p. 250, N° 705.

⁶⁵ Art. 3 al. 1 LDA.

⁶⁶ Art. 4 LDA.

⁶⁷ Art. 6 LDA.

⁶⁸ BARRELET / EGLOFF, N° 3 ad art. 6 LDA.

⁶⁹ Art. 8 al. 2 LDA.

⁷⁰ Art. 6 LDA, voir notamment ATF 136 III 225 (cons. 4.2).

⁷¹ BARRELET / EGLOFF, N° 1 ad art. 6 LDA ; cf. *infra* IV. 1. c.

⁷² SESSA, p. 6.

⁷³ SALVADE, *Quid iuris*, p. 8.

Le principe général « du créateur » connaît des exceptions. L'art. 393 CO relatif au contrat d'édition par exemple, attribue le droit d'auteur à l'éditeur « *lorsqu'un ou plusieurs auteurs s'engagent à composer un ouvrage d'après un plan que leur fournit l'éditeur* ». L'auteur ne pourra alors prétendre qu'aux honoraires convenus⁷⁴. L'employeur, quant à lui, ne pourra être considéré comme coauteur que s'il fournit un apport créatif original. De simples vœux ou lignes directrices seront insuffisants⁷⁵.

Les auteurs peuvent toutefois être représentés par des sociétés de gestion collective. Ces sociétés sont soumises à la surveillance de la Confédération et doivent être titulaires d'une autorisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI)⁷⁶. Cinq sociétés exercent ce rôle actuellement en Suisse. Il s'agit de la SUISA pour les œuvres musicales non théâtrales, ProLitteris pour la littérature, les arts plastiques et la photographie, la Société Suisse des Auteurs (SSA) pour les œuvres scéniques et certaines œuvres audiovisuelles, Suissimage pour le reste du secteur audiovisuel ainsi que Swissperform, compétente en matière de certains droits voisins⁷⁷.

d) Etendue de la protection

Dès qu'une œuvre répond aux conditions légales, sa protection existe et cela indépendamment de toute formalité⁷⁸. Aucun enregistrement ou signe distinctif n'est nécessaire.

A teneur de l'art. 9 al. 1 LDA, « *l'auteur a le droit exclusif sur son œuvre* ». Selon le Tribunal fédéral, ce droit est également absolu, c'est-à-dire opposable à tous⁷⁹. L'auteur peut en principe décider de l'utilisation qu'il veut faire de son œuvre⁸⁰. Comme nous le verrons, la LDA prévoit des limites à ce droit⁸¹.

Les droits qui sont reconnus aux auteurs sont classés en deux grandes catégories en fonction des aspects qu'ils protègent. On distingue ainsi les *droits moraux*, qui visent à protéger la personnalité de l'auteur, des *droits patrimoniaux* qui ont trait aux aspects économiques de la protection et qui ont donc pour but de permettre à l'auteur d'être rémunéré.

i. Les droits moraux

Les droits moraux sont au nombre de trois :

Le **droit de paternité** permet à l'auteur de choisir sous quel nom il souhaite apparaître⁸². L'auteur peut ainsi choisir d'être présenté sous un pseudonyme.

Le **droit de divulgation** donne à l'auteur le droit exclusif de décider « *si, quand, de quelle manière et sous quel nom son œuvre sera divulguée* »⁸³. Selon l'art. 9 al. 3 LDA, « *[u]ne œuvre est divulguée lorsqu'elle est rendue accessible pour la première fois par l'auteur ou avec son consentement, à un grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19, al. 1, let. a* ».

Enfin, selon le **droit à l'intégrité de l'œuvre**, l'auteur décide si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée ou utilisée dans un recueil ou une œuvre dérivée⁸⁴. Il peut également s'opposer en toute circonstance à toute altération de l'œuvre qui porterait atteinte à sa personnalité⁸⁵.

⁷⁴ Art. 393 al. 2 CO.

⁷⁵ ATF 136 III 225, p. 229 (cons. 4.3).

⁷⁶ SALVADE, *Cloud computing*, p. 435

⁷⁷ SALVADE, *Quid iuris*, p. 12, note de bas de page N° 77.

⁷⁸ Art. 5 al. 2 CB.

⁷⁹ ATF 117 II 465, cons. 3.

⁸⁰ BARRELET / EGLOFF, N° 9 ad art. 9 LDA.

⁸¹ Cf. *infra* chap. III, 1, e.

⁸² Art. 9 al. 1 LDA.

⁸³ Art. 9 al. 2 LDA.

⁸⁴ Art. 11 LDA al. 1 let. a et b.

ii. Les droit patrimoniaux

Ces droits se rapportent principalement aux intérêts économiques de l'auteur et ont pour but de lui permettre de profiter financièrement de son œuvre⁸⁶. L'article 10 LDA dispose de manière générale qu'il appartient à l'auteur de décider « *si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée* ». L'auteur pourra en outre exiger une contrepartie pour cette utilisation.

La loi ne définit pas ce qu'elle entend par « utilisation » de l'œuvre. BARRELET et EGLOFF relèvent en particulier qu'il ne faut pas confondre cette notion avec les concepts de consommation et de prêt de l'œuvre⁸⁷. Selon ces auteurs, « *il y a utilisation de l'œuvre au sens de l'art. 10 à partir du moment où une œuvre est reproduite, ou qu'elle est mise à disposition d'un nombre de personnes dépassant le cercle privé ou encore lorsque plusieurs exemplaires sont distribués* »⁸⁸. Ainsi, la lecture d'un livre ou l'écoute de musique par exemple ne tombent pas sous la notion d'utilisation mais sous celle de consommation.

A défaut de définition légale de l'« utilisation », l'art. 10 al. 2 LDA dresse une liste exemplative de types d'utilisations protégées par la LDA dont peut se prévaloir l'auteur.

Le premier exemple d'utilisation donné par la loi est le **droit de reproduction** (let. a). Il permet à l'auteur de confectionner des exemplaires de l'œuvre⁸⁹. Par reproduction, il faut comprendre toute incorporation de l'exemplaire d'une œuvre dans un matériel durable⁹⁰. Ainsi, le fait de stocker de manière durable des données numériques sur un support d'enregistrement tel un disque dur afin de la diffuser sur internet constitue une reproduction⁹¹. Le fait que les données aient été copiées numériquement ou au moyen d'un scanner ne change rien, elles demeurent protégées⁹².

La mise en circulation (let. b) est le droit de proposer au public, d'aliéner ou, de quelque autre manière, de mettre en circulation des exemplaires de l'œuvre. Selon BARRELET et EGLOFF la notion de « mise en circulation » engloberait également les aliénations numériques, telle que la diffusion par Internet⁹³.

Selon le droit de **communication publique et de mise à disposition** (let. c), l'auteur peut proposer son œuvre au public « *par quelque moyen que ce soit* »⁹⁴. Selon le Message du Conseil fédéral, cette dernière notion couvre notamment « *la communication sans support physique d'une œuvre dans un système réseau* »⁹⁵ et s'applique donc aux œuvres placées sur Internet pour un accès ou une consultation à la demande⁹⁶.

En vertu de son **droit de diffusion** (let. d), l'auteur a le droit de diffuser son œuvre « *par la radio, la télévision ou des moyens analogues, soit par voie hertzienne, soit par câble ou autres conducteurs* ». Le *live streaming*⁹⁷, ainsi que toutes les formes de streaming dont le moment de la retransmission a été déterminé par le fournisseur et où le contenu est diffusé simultanément à un grand nombre de personnes tombent sous le coup du droit de diffusion⁹⁸.

⁸⁵ Art. 11 al. 2 LDA.

⁸⁶ SALVADE, *Quid iuris*, p. 9.

⁸⁷ BARRELET/EGLOFF, N° 6a ad art. 10 LDA.

⁸⁸ BARRELET/EGLOFF, N° 6a ad art. 10 LDA.

⁸⁹ Art. 10 al. 2 let. a LDA.

⁹⁰ BARRELET/EGLOFF, N° 12 ad art. 10 LDA.

⁹¹ BARRELET/EGLOFF, N° 12 ad art. 10 LDA ; SALVADE, *Streaming et linking*, p. 72.

⁹² BARRELET/EGLOFF, N° 7a ad art. 10 LDA.

⁹³ BARRELET/EGLOFF, N° 16 ad art. 10 et avis de doctrine cités.

⁹⁴ Art. 10 al. 2 let. c LDA.

⁹⁵ Message du CF, FF 2006 3263, p. 3293.

⁹⁶ SALVADE, *Streaming et linking*, p. 72.

⁹⁷ Il s'agit d'un type de streaming qui reproduit des contenus en direct sur internet.

⁹⁸ BRÄNDLI/TAMO, p. 656.

Le **droit de retransmission** (let. e) vise « *les retransmissions simultanées faites par une autre personne que l'organisme responsable de la diffusion originale* »⁹⁹. Il n'est pas déterminant que la retransmission soit publique ou non¹⁰⁰.

Enfin, l'art. 10 al. 2 let. f LDA concerne notamment le **droit de faire voir ou entendre des émissions**¹⁰¹. Il s'agit du droit de réceptionner des œuvres diffusées quelle qu'en soit la source en dehors du cadre privé¹⁰². Concernant Internet, cela signifie aussi que l'auteur a le droit de faire voir ou entendre des œuvres qui ont été téléchargées sur Internet¹⁰³.

e) Limites au droit d'auteur et usage privé

Le droit d'auteur est fondé sur la garantie constitutionnelle de la propriété conférée par l'art. 26 Cst.¹⁰⁴. L'auteur, en tant que créateur de l'œuvre, est en principe le seul maître de l'utilisation qui peut en être faite. Par conséquent, toute utilisation d'une œuvre protégée présuppose l'autorisation de l'auteur, respectivement d'une autre personne autorisée.

Toutefois, comme le relèvent BARRELET et EGLOFF « *la vie en société suppose par exemple que les techniques modernes de reproduction puissent être utilisées, que l'information circule, que l'éducation et la formation soient assurées, que l'individu puisse utiliser les œuvres pour son usage strictement personnel* »¹⁰⁵. Sur ce même constat, le législateur a contrebalancé la position dominante de l'auteur avec celles de la société ou de tiers en prévoyant de nombreuses restrictions au droit d'auteur.

Les exceptions au droit d'auteur n'étant pas toutes directement liées au sujet du présent mémoire, je ne traiterai ici que des limites principales qui revêtent un intérêt pour celui-ci.

i. La durée de protection

La première limite que je citerai est temporelle. Ainsi, à teneur de l'art. 29 LDA, l'œuvre est protégée dès sa création et jusqu'à l'écoulement de 70 ans après le décès de son auteur. Cette limite est de 50 ans pour les logiciels¹⁰⁶. Passés ces délais, l'œuvre devient libre de droit et peut être utilisée sans restriction par des tiers.

ii. L'usage privé

L'exception d'usage privé est prévue aux articles 19 et 20 LDA.

Cette exception permet de concilier d'une part l'intérêt privé de l'auteur à la protection de ses droits et d'autre part, l'intérêt public à limiter les entraves à la diffusion des connaissances et de l'information, nécessaire à la bonne marche de la société¹⁰⁷. D'une grande importance en pratique, cette restriction au droit d'auteur peut être scindée en deux sous-catégories¹⁰⁸ : l'usage privé étendu et l'usage privé au sens étroit.

⁹⁹ BARRELET/EGLOFF, N° 33, ad art. 10 LDA.

¹⁰⁰ BARRELET/EGLOFF, N° 34, ad art. 10 LDA.

¹⁰¹ BARRELET/EGLOFF, N° 37, ad art. 10 LDA.

¹⁰² SESSA, p. 8.

¹⁰³ BARRELET/EGLOFF, N° 37, ad art. 10 LDA.

¹⁰⁴ SALVADE, *Quid iuris*, p. 9.

¹⁰⁵ BARRELET/EGLOFF, N° 1, ad art. 19 LDA.

¹⁰⁶ Art. 29 al. 2 let. a LDA.

¹⁰⁷ BARRELET/EGLOFF, N° 1, ad art. 19 LDA ; SESSA, p. 9.

¹⁰⁸ SALVADE, *Quid iuris*, p. 10.

L'**usage privé au sens étendu** comprend trois cas de figure :

- Le droit pour un maître d'utiliser une œuvre à des fins pédagogiques¹⁰⁹ ;
- Le droit de reproduire, dans le monde du travail, des œuvres à des fins d'information interne ou de documentation¹¹⁰ ;
- Le droit de celui qui est autorisé à reproduire des exemplaires d'œuvres pour son usage privé de charger un tiers de réaliser la copie¹¹¹.

Au sens étroit, l'usage privé est compris comme « *toute utilisation d'une œuvre divulguée à des fins personnelles, ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis* »¹¹². Cette dérogation au droit d'auteur permet par exemple d'écouter de la musique chez soi en présence de sa famille, d'apprendre un morceau au piano ou de donner un DVD à un ami sans autorisation de l'ayant droit. Cette exception ne vaut toutefois pas pour les logiciels¹¹³.

La jurisprudence restreint passablement la notion de « *personnes étroitement liées* »¹¹⁴. Ainsi, les cercles formés par une association¹¹⁵ ou par les employés d'une même entreprise¹¹⁶ ne tombent pas sous cette définition. Selon BARRELET et EGLOFF « *[l]'étroitesse du lien est fonction du nombre de personnes qui font partie du cercle en question. Celui-ci est nécessairement restreint. Les personnes doivent bien se connaître et ne pas s'être réunies au hasard* »¹¹⁷.

L'exception de l'usage privé ne pourra être invoquée que si l'œuvre a préalablement été divulguée¹¹⁸. Cette condition suppose que l'œuvre ait été rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement, à un grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées¹¹⁹.

2. La LDA face au peer-to-peer

Les réseaux P2P permettent un échange direct entre les utilisateurs. Dans la plupart des cas, l'internaute qui télécharge un fichier le mettra simultanément à disposition d'autres utilisateurs¹²⁰. Il convient d'étudier dans quelle mesure ces actes tombent sous le coup de la LDA.

a) Le « downloading »

Comme nous l'avons vu, le droit de reproduction, soit le droit exclusif de confectionner des exemplaires d'une œuvre, revient à l'auteur¹²¹. Ce droit couvre également les copies sur un support informatique tel que la mémoire d'un ordinateur¹²².

Le *downloading* d'une œuvre à partir d'Internet est bien un acte de reproduction protégé par le droit d'auteur puisque l'aboutissement de cette opération est l'enregistrement de données sur un support durable¹²³. Un tel acte suppose donc en principe l'autorisation de l'auteur.

¹⁰⁹ Art. 19 al. 1 let. b LDA.

¹¹⁰ Art. 19 al. 1 let. c LDA.

¹¹¹ Art. 19 al. 2 LDA.

¹¹² Art. 19 al. 1 let. a LDA ; SALVADE, *Quid iuris*, p. 10.

¹¹³ Art. 19 al. 4 LDA.

¹¹⁴ SALVADE, *Quid iuris*, p. 10, et réf. cit.

¹¹⁵ Cf. arrêt de la Cour de justice genevoise du 2 avril 1982, SJ 1982, p. 414.

¹¹⁶ Cf. arrêt de la Cour de justice genevoise du 5 novembre 1976, SJ 1976, p. 619.

¹¹⁷ BARRELET/EGLOFF, N° 8 ad art. 19 LDA.

¹¹⁸ Art. 19 al. 1 LDA.

¹¹⁹ Art. 9 al. 3 LDA.

¹²⁰ Cf. *supra* chap. II, 1.

¹²¹ Art. 10 al. 2 let. a LDA.

¹²² BARRELET/EGLOFF, N° 12 ad art. 10 LDA.

En Suisse, l'internaute qui se contente de télécharger un fichier pour son usage personnel pourra toutefois se prévaloir de l'exception d'usage privé de l'article 19 al. 1 let. a LDA¹²⁴.

Le fait que le fichier protégé par le droit d'auteur soit téléchargé à partir d'un site illégal n'empêche pas l'exception d'usage privé d'entrer en ligne de compte. En effet, le Parlement a renoncé à différencier le téléchargement « légal » du téléchargement « illégal »¹²⁵. Ce choix était avant tout fondé sur des raisons de nature pragmatique¹²⁶. Le Parlement a motivé sa décision par les difficultés de distinguer les sources légales des sources illégales¹²⁷. Il convient d'admettre qu'en raison des immenses volumes échangés chaque jour sur Internet, l'application effective des droits contre chaque contrevenant s'avère techniquement très difficile¹²⁸.

En vertu du droit en vigueur, le téléchargement pour l'usage privé est donc autorisé même lorsqu'il est effectué à partir d'une source manifestement illégale¹²⁹.

b) L' « uploading »

S'agissant de l'*uploading*, il s'agit non seulement d'un acte de reproduction mais aussi d'une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA¹³⁰. Lorsqu'il intervient dans un cadre plus large que celui du cercle privé de l' « *uploadeur* », l'exercice du droit de mise à disposition n'est pas couvert par l'exception d'usage privé¹³¹.

En matière de P2P, il est incontestable que les internautes ne forment pas un tel cercle privé¹³². En effet, en P2P, un fichier pourra en principe être téléchargé par n'importe qui. Ainsi, lorsqu'un utilisateur *uploade* des données par ce biais, il n'est pas couvert par l'exception d'usage privé et agit de manière illicite.

Il convient de relever que certains programmes P2P permettent de définir précisément la communauté restreinte de personnes avec laquelle un fichier sera échangé¹³³. Dans cette hypothèse, un utilisateur qui limite l'échange aux ordinateurs des membres de sa famille pourra à notre sens invoquer l'exception de l'art. 19 al. 1 let. a LDA. Cette éventualité est largement hypothétique puisque c'est justement le partage entre un grand nombre de personnes et la rapidité du transfert qui en découle, qui rendent le P2P attractif.

Il convient de relever que la mise à disposition de fichiers sur un réseau P2P ne violera pas la LDA si le contenu est libre de droits¹³⁴ ou si l' « *uploadeur* » s'est fait céder les droits de reproduction et de mise à disposition dans ce but.

¹²³ BARRELET/EGLOFF, N° 12 ad art. 10 LDA.

¹²⁴ SALVADE, *Quid iuris*, p. 75.

¹²⁵ BO CN 2007, 1202 ss.

¹²⁶ Voir Rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur, 22.12.2015, p. 35.

¹²⁷ BO CN 2007, 1202 ss.

¹²⁸ Voir Rapport explicatif relatif à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et aux modifications de la loi sur le droit d'auteur, 22.12.2015, p. 35.

¹²⁹ Rapport final de l'AGUR12, p. 36 ; Relevons toutefois, qu'un « *downloadeur* » ne pourra pas invoquer l'usage privé s'il télécharge un logiciel, puisque l'art. 19 LDA ne s'applique pas à ces derniers.

¹³⁰ BARRELET/EGLOFF, N° 12 ad art. 10 LDA.

¹³¹ CRPI/LDA-RUEDIN, N° 52 ad art. 19 LDA.

¹³² FEHLBAUM, p. 856.

¹³³ Les programmes *BitTorrent* (www.bittorrent.com) ou *Transmission* (www.transmission.com) p.ex. permettent, après quelques réglages, de partager un fichier à des personnes définies.

¹³⁴ Par exemple dans le cas où l'auteur de l'œuvre est décédé il y a plus de 70 ans.

3. Les solutions de la LDA contre l'usage illicite du P2P

Les art. 9 à 11 LDA énumèrent les droits dont jouissent les auteurs. Ces différentes prérogatives n'ont toutefois de sens que si l'auteur peut agir à l'encontre de leur éventuelle transgression ou si leur violation entraîne des sanctions.

Dans ce chapitre nous étudierons diverses manières par lesquelles le droit suisse protège, directement ou indirectement, les auteurs face au P2P.

a) Actions défensives et réparatrices de droit civil

La LDA confère plusieurs moyens à l'auteur qui désire faire valoir ses droits.

Sur le plan civil, les articles 61 ss LDA prévoient les quatre actions suivantes :

- **L'action en constatation** (art. 61 LDA) permet au titulaire du droit de requérir la reconnaissance et l'établissement de son droit lorsque l'existence du droit d'auteur ou un rapport de droit est incertain¹³⁵. Le demandeur devra alors démontrer qu'il dispose d'un intérêt légitime à cette constatation¹³⁶. Cette action est subsidiaire aux autres actions civiles¹³⁷.
- **L'action en prévention du trouble** (art. 62 al. 1 let. a LDA) pourra être intentée par l'auteur qui désire éviter de subir une violation imminente de son droit. Cette action suppose alors une « *sérieuse et réelle mise en danger du droit* »¹³⁸. En matière de P2P, on pourrait penser à l'utilisateur qui annonce sur Internet vouloir partager la discographie complète d'un groupe par le biais d'un tel réseau. Les ayants droit qui trouveraient cette publication pourraient alors demander au juge qu'il interdise au pirate de procéder au partage.
- Si la violation de ses droits subsiste, l'auteur pourra agir en **cessation du trouble** (art. 62 al. 1 let. b LDA) mettant ainsi un terme à l'atteinte en supprimant sa cause. Le but est donc de faire cesser les atteintes présentes et futures. Mise en relation avec l'exemple donné précédemment, la discographie aurait dans ce cas déjà été partagée. Les ayants droit pourraient alors demander au juge qu'il condamne le pirate à ne plus partager le contenu protégé.
- Enfin, l'auteur pourra agir en **indication de la provenance des objets confectionnés ou mis en circulation de manière illicite** (art. 62 al. 1 let. c LDA).

La qualité pour agir des actions en prévention du trouble, en cessation du trouble et en indication de la provenance des objets illicites de l'art. 62 LDA appartient non seulement au titulaire du droit, mais aussi à la personne qui dispose d'une licence exclusive pour autant que le contrat de licence ne l'exclut pas explicitement¹³⁹.

La LDA donne également la possibilité au titulaire du droit d'auteur de demander des **mesures provisionnelles** s'il rend vraisemblable qu'il risque de subir une violation de son droit susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable¹⁴⁰.

La partie qui a obtenu gain de cause pourra aussi demander au juge qu'il ordonne la **publication du jugement** au frais de la partie adverse¹⁴¹.

En ce qui concerne les réparations pécuniaires, l'art. 62 al. 2 LDA renvoie expressément au Code des Obligations. En effet, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle est violé sur un réseau P2P, il y a acte illicite au sens des articles 41 ss CO. Ainsi, la personne légitimée pourra en particulier agir en **dommages et intérêts**¹⁴² et en **réparation du tort moral**¹⁴³ aux conditions usuelles du CO.

¹³⁵ Sessa, p. 16.

¹³⁶ Art. 61 LDA *in fine*.

¹³⁷ Arrêt du TF du 08.11.2002, 4C_290/2001.

¹³⁸ Barrelet/Egloff, N° 4, ad art. 62 LDA.

¹³⁹ Art. 62 al. 3 LDA.

¹⁴⁰ Art. 65 LDA et art. 261 al. 1 CPC.

¹⁴¹ Art. 66 LDA.

¹⁴² Art. 41 CO.

b) Dispositions pénales de la LDA

Ce sont les art. 67 ss LDA qui sanctionnent pénalement les violations des droits d'auteur. Les délits prévus sont poursuivis sur plainte et doivent avoir été commis intentionnellement¹⁴⁴. La simple négligence ne suffit pas. Lorsqu'elles sont commises par métier les infractions sont poursuivies d'office et la peine sera plus lourde¹⁴⁵.

L'art. 67 al. 1 LDA sanctionne notamment celui qui « *divulgue une œuvre* » (let. b), « *modifie une œuvre* » (let. c), « *confectionne une œuvre par n'importe quel procédé* » (let. e), « *récite, représente ou exécute une œuvre, directement ou par n'importe quel procédé, ou la fait voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée* » (let. g), « *met une œuvre à disposition, par quelque moyen que ce soit, de manière que toute personne puisse y avoir accès d'un endroit et à un moment qu'elle peut choisir à sa convenance* » (let. g^{bis}), ou qui « *fait voir ou entendre une œuvre mise à disposition, diffusée ou retransmise* » (let. i).

Les éléments constitutifs des infractions découlent des art. 9 à 11 LDA de sorte que la personne qui porte atteinte de manière illicite aux droits énumérés par ces dispositions sera également punissable pénalement sur la base de l'art. 67 LDA.

L'art. 69a LDA réprime quant à lui les violations de la protection des mesures techniques. Cet article ne concerne pas directement les utilisateurs de réseaux P2P mais plutôt le contournement des mesures techniques ainsi que la fabrication, l'importation ou encore la mise à disposition de moyens permettant un tel contournement¹⁴⁶.

c) Personnes responsables

Les ayants droit disposent d'outils tant civils que pénaux pour agir contre la violation de leurs droits. La question qui se pose est de savoir contre qui ils pourront les utiliser. Nous étudierons ci-dessous les principales personnes concernées, à savoir les utilisateurs et les fournisseurs des logiciels P2P. L'ampleur du présent travail ne le permettant pas, je laisse volontairement de côté l'analyse de la responsabilité des fournisseurs Internet et des moteurs de recherches.

i. Les utilisateurs P2P

Ce sont les utilisateurs de programme P2P qui violent le plus souvent le droit d'auteur. En effet, en *uploadant* du contenu, les internautes reproduisent et mettent à disposition des œuvres au sens de l'art. 10 al. 2 let. a et c LDA.

Les ayants droit sur l'œuvre partagée pourront alors agir à leur encontre par la **voie civile** sur la base des actions prévues aux art. 61 ss LDA et d'une action en dommages et intérêts selon l'art. 41 CO.

Sur le **plan pénal**, celui qui *upload*e du contenu protégé sur Internet *via* un réseau P2P est punissable sur la base de l'art. 67 let. e et g^{bis} LDA. En effet, ces dispositions établissent des sanctions en cas de violation du droit de reproduction et du droit de mise à disposition prévus à l'art. 10 al. 2 let. a et c LDA¹⁴⁷. Concrètement, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire¹⁴⁸. La peine privative de liberté pourra atteindre cinq ans si l'auteur a agi par métier¹⁴⁹.

Qu'en est-il si l'utilisateur P2P n'avait pas connaissance du fait que son programme ne servait pas seulement à télécharger du contenu mais mettait également du contenu à disposition d'autres

¹⁴³ Art. 49 CO.

¹⁴⁴ Art. 67 al. 1 LDA.

¹⁴⁵ Art. 67 al. 2 LDA.

¹⁴⁶ SESSA, p. 20.

¹⁴⁷ Voir BARRELET/EGLOFF, N° 4, ad art. 67 LDA pour la correspondance entre les dispositions pénales et les droits d'auteur atteints.

¹⁴⁸ Art. 67 al. 1 LDA. La peine pécuniaire ne pourra excéder 360 jours-amende conformément à la règle générale de l'art. 34 CP.

¹⁴⁹ Art. 67 al. 2 LDA.

utilisateurs ? En effet, si certains programmes indiquent clairement que la bande passante est utilisée dans les deux sens¹⁵⁰, d'autres nécessitent des recherches approfondies pour s'en rendre compte¹⁵¹. Les infractions prévues à l'art. 67 LDA étant intentionnelles, il faudra que l'auteur ait agi au moins par dol éventuel, c'est-à-dire en envisageant le risque d'une infraction et en acceptant de le courir¹⁵², pour qu'il soit condamné. Ainsi, un internaute devra être en mesure de prouver qu'il n'avait pas connaissance du fait que son programme « *uploadait* » des informations s'il veut avoir une chance d'être disculpé.

Une action civile ou pénale à l'encontre d'un utilisateur P2P n'ira pas sans poser de difficultés.

Le premier obstacle auquel l'ayant droit sera confronté concerne l'identification du délinquant. Ainsi, à moins qu'un internaute soit pris en flagrant délit, le seul moyen d'identifier une personne sur Internet passe par son adresse IP. Ces adresses sont nécessaires pour pouvoir se connecter sur Internet et sont en soi toutes identifiables. Or, dans une affaire *Logistep*¹⁵³, le Tribunal fédéral a estimé que l'adresse IP constituait une donnée personnelle non exploitable d'après la protection des données¹⁵⁴. Cet arrêt a créé une incertitude concernant la poursuite des violations des droits d'auteur, notamment sur le fait de savoir si une telle démarche était possible pour les autorités de poursuites pénales¹⁵⁵. Dans les faits, l'arrêt *Logistep* a paralysé, en Suisse, l'application des droits d'auteur dans le domaine du P2P¹⁵⁶.

Le deuxième problème porte sur le nombre de personnes partageant le contenu protégé. En effet, si le but de l'ayant droit est par exemple de faire stopper l'atteinte sur la base de l'action en cessation de l'art. 62 al. 1 let. b LDA, il devra agir contre l'ensemble des utilisateurs partageant le fichier. Une telle action sera donc très difficile à mettre en œuvre.

S'agissant de l'action en dommages et intérêts, l'ayant droit se heurtera bien souvent à des questions de preuve du dommage. Effectivement, le titulaire des droits d'auteur dont l'œuvre est partagée sur un réseau P2P ne subit pas de pertes en soi puisque son patrimoine n'a pas diminué. Il lui appartiendra donc de démontrer qu'il a subi un manque à gagner¹⁵⁷.

L'action en réparation du tort moral ne pourra être invoquée qu'en cas d'atteinte d'une certaine gravité provoquant une souffrance morale¹⁵⁸. Cette action suppose également que l'auteur de l'atteinte n'ait pas donné satisfaction autrement¹⁵⁹. En matière de P2P, cette action ne pourra donc que très difficilement entrer en ligne de compte.

On retiendra qu'il n'est pas évident de s'attaquer aux utilisateurs de réseaux P2P, même si l'illicéité de leurs actes est avérée.

ii. Les fournisseurs de programmes P2P

Si ce sont les utilisateurs qui partagent en masse des fichiers protégés par le droit d'auteur, ces partages ne sont possibles que parce qu'un programme leur permet d'agir de la sorte. Ne serait-il donc pas plus simple pour les ayants droit d'agir directement à l'encontre des fournisseurs de programmes P2P ?

Selon l'art. 50 CO sur la responsabilité plurale, « *lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur*

¹⁵⁰ Cf: FUNG / LAKHANI, p. 384.

¹⁵¹ Le programme *Stremio* (www.strem.io) par exemple ne donne aucune indication sur les vitesses de partage vers d'autres utilisateurs. Il n'est donc pas évident de savoir qu'il fonctionne sur la base d'une technologie P2P.

¹⁵² ATF 109 IV 151, ATF 104 IV 36, ATF 103 IV 68.

¹⁵³ ATF 136 II 508.

¹⁵⁴ Dans cette affaire, la société *Logistep* débusquait des infractions au droit d'auteur commises sur Internet, et transmettait ensuite aux ayants droit les informations nécessaires à la poursuite en justice (dont l'adresse IP) des délinquants.

¹⁵⁵ Voir l'avis du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), *Echange de contenus sur internet - situation juridique après l'arrêt Logistep*, accessible sur <https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/01073/01083/index.html?lang=fr>.

¹⁵⁶ Rapport final de l'AGUR12, pp. 36-37.

¹⁵⁷ SESSA, p. 17.

¹⁵⁸ Art. 49 CO ; ATF 128 IV 53, cons. 7a.

¹⁵⁹ Art. 49 al. 1 CO.

principal et le complice ». L'instigation et la complicité visées par cet article sont des actes de favorisation d'un acte illicite¹⁶⁰.

Lorsqu'une personne est punissable pénalement d'instigation ou de complicité, elle engage aussi sa responsabilité civile¹⁶¹. Cette dernière sera d'ailleurs plus facilement engagée qu'en droit pénal puisqu'elle ne suppose pas de faute intentionnelle¹⁶².

En matière de P2P, le fournisseur du logiciel pourra donc engager sa **responsabilité civile** s'il est avéré qu'il connaissait, ou aurait dû connaître (négligence), l'existence de violations concrètes du droit d'auteur, et qu'il n'a pas agi¹⁶³.

L'ayant droit qui engage une procédure à l'encontre d'un fournisseur sera toutefois confronté à des difficultés majeures.

D'une part, les plateformes P2P ne sont pas illicites en soi puisqu'elles permettent aussi bien l'échange de contenu légal que de contenu illégal. Le gérant de la plateforme peut ainsi se protéger en argumentant que la preuve du dommage future n'est pas rapportée¹⁶⁴. A cet égard, une action en cessation du trouble apparaît compromise.

D'autre part, le fournisseur de logiciel n'aura connaissance des violations concrètes du droit d'auteur qu'après la commission des violations, soit à un stade où il ne peut plus les empêcher¹⁶⁵. Sa négligence sera également difficile à retenir puisqu'en raison de la nature décentralisée des plateformes P2P, le contrôle des échanges entre utilisateurs n'est pas réalisable par le fournisseur¹⁶⁶.

Pour cette même raison, l'existence d'une **responsabilité pénale** du fournisseur est peu probable, d'autant plus qu'elle suppose une faute intentionnelle¹⁶⁷. La Suisse n'a d'ailleurs connu que peu d'affaires d'infraction au droit d'auteur commises par P2P¹⁶⁸.

Dans une affaire concernant des *Hash-links*¹⁶⁹, le Tribunal fédéral a toutefois confirmé la condamnation de l'administrateur d'un site, qui avait établi de tels liens référençant des films et des jeux vidéo. Son site proposait aussi des liens vers des programmes P2P pour les utilisateurs qui n'en disposaient pas encore. L'administrateur a ainsi été condamné pour complicité de violation du droit d'auteur par métier au sens des articles 25 CP et 67 LDA, les liens favorisant les téléchargements et les mises à disposition ultérieures des fichiers par les utilisateurs de réseaux P2P¹⁷⁰.

d) Les redevances (art. 20 LDA)

Lorsqu'il télécharge du contenu sur son ordinateur par un programme P2P, l'utilisateur peut en principe se prévaloir de l'usage privé au sens étroit. Il agit donc de manière licite et cela indépendamment de la légalité de la source¹⁷¹. Dans ces circonstances, les auteurs apparaissent bien démunis face aux internautes qui profitent ainsi « gratuitement » de leurs œuvres¹⁷².

¹⁶⁰ SALVADE, *Quid iuris*, p. 37.

¹⁶¹ SALVADE, *Quid iuris*, p. 38.

¹⁶² SALVADE, *Quid iuris*, p. 38.

¹⁶³ SALVADE, *Quid iuris*, p. 39.

¹⁶⁴ SESSA, p. 17.

¹⁶⁵ SALVADE, *Quid iuris*, p. 42.

¹⁶⁶ SALVADE, *Quid iuris*, p. 42.

¹⁶⁷ SALVADE, *Quid iuris*, p. 47.

¹⁶⁸ Cf. CHARLET, p. 38.

¹⁶⁹ Il s'agit d'un type de liens Internet utilisés principalement pour faciliter la localisation et le téléchargement P2P. Ils contiennent un code correspondant au fichier voulu. Ainsi, lorsqu'un internaute clique sur un tel lien, son programme P2P se lancera seul, sans même qu'un fichier torrent ait été téléchargé. Son programme cherchera alors lui-même le fichier désiré. The Pirate Bay répertorie actuellement de tels liens.

¹⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral, 6B_757/2010, cons. 4.2 ; voir: REUSSER, p. 248 pour une analyse plus approfondie des Hash-links.

¹⁷¹ Cf. *supra* chap. III, 2, a.

¹⁷² Aux termes de l'art. 20 LDA, « l'utilisation de l'œuvre à des fins personnelles au sens de l'art. 19, al. 1, let. a, ne donne pas droit à rémunération, sous réserve de l'al. 3 ».

L'auteur ne sera toutefois en principe pas désavantagé économiquement. En effet, l'art. 20 al. 3 LDA prévoit un système de redevances sur les supports d'enregistrement ; qui permet de rémunérer les auteurs pour les copies privées effectuées licitement et librement par le public en application de l'art. 19 LDA. Ainsi, à teneur de l'art. 20 al. 3 LDA, « [l]es producteurs et importateurs de cassettes vierges et autres supports propres à l'enregistrement d'œuvres sont tenus de verser une rémunération à l'auteur pour l'utilisation de l'œuvre au sens de l'art. 19 ». Conformément à l'art. 20 al. 4 LDA, les droits à rémunération seront exercés par les sociétés de gestion agréées¹⁷³.

Sont notamment considérés comme supports d'enregistrement sujets à redevance les CD et DVD vierges, les mémoires des lecteurs MP3 et des magnétoscopes, ainsi que celles des smartphones et des tablettes tactiles¹⁷⁴. Selon le Tribunal fédéral, doivent être assujettis à la redevance les supports qui, d'après leur destination et leurs propriétés d'enregistrement et de lecture, se prêtent à l'enregistrement d'œuvres protégées et sont utilisés à cette fin de manière vraisemblable¹⁷⁵. Les appareils ne sont en tant que tels pas soumis à la redevance¹⁷⁶. Ainsi, les tarifs ne sont pas applicables aux ordinateurs personnels, aux ordinateurs portables ou aux Notesbooks¹⁷⁷. S'agissant du montant de la redevance, il se calcule en fonction de la capacité de stockage des supports de données¹⁷⁸.

En principe, les sociétés de gestion doivent répartir le produit de leur gestion proportionnellement au rendement de chaque œuvre et chaque prestation¹⁷⁹.

Au vu de ce qui précède, l'utilisateur de réseau P2P versera donc bien de l'argent à l'auteur pour les fichiers qu'il télécharge, mais de manière indirecte. Il convient de préciser que ces redevances ne sont pas des compensations pour des copies illicites, mais plutôt, ainsi que le relève SESSA, « une rémunération destinée aux auteurs d'œuvres protégées pour les copies privées effectuées librement »¹⁸⁰.

4. « Mise à jour » de la législation suisse

En 2010, constatant que les revenus de l'industrie phonographique avaient fortement chuté dans notre pays depuis les années 2000, Mme Géraldine Savary, Conseillère au Etats, a posé la question suivante au Conseil fédéral « *La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique?* »¹⁸¹.

Le Conseil fédéral, y a répondu par la négative¹⁸². S'il admettait que l'évolution des technologies allait induire des changements structurels, les dommages subis par le secteur du divertissement devraient être plutôt limités pour la Suisse¹⁸³. Le Conseil fédéral relevait toutefois qu'il importait de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation, afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et

¹⁷³ Il s'agit de SUISA, ProLitteris, SSA, Suissimage, Swissperform, lesquelles sont représentées par SUISA pour les redevances sur supports vierges. (Cf. *Tarif commun 4 2017 - 2018 - Redevance sur les supports vierges*, p. 2, accessible sur : https://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/downloadcenter/tarife/Tarife_ab_2017/GT4_2017-2018_FRE.pdf).

¹⁷⁴ Cf. tarifs communs 4 et 4i, accessibles sur www.suisa.ch.

¹⁷⁵ ATF 133 II 263 = JdT 2007 I 146, cons. 7.2.2.

¹⁷⁶ SALVADE, *Cloud computing*, p. 435.

¹⁷⁷ SUISA, *Tarif commun 4 2017 - 2018 - Redevance sur les supports vierges*, p. 2, accessible sur : https://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/downloadcenter/tarife/Tarife_ab_2017/GT4_2017-2018_FRE.pdf.

¹⁷⁸ SUISA, *Tarif commun 4i 2017 - 2018 - Redevance sur les supports vierges*, p. 2, accessible sur : https://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/downloadcenter/tarife/Tarife_ab_2017/GT4i_2017-2018_FRE.pdf.

¹⁷⁹ Art. 49 LDA.

¹⁸⁰ SESSA, p. 10.

¹⁸¹ BO, Conseil des Etats, 2010 10.3263.

¹⁸² Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations d'œuvres illicites sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, 30.11.2011, p. 13.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 12.

d'agir en conséquence¹⁸⁴. Ce rapport a été très largement critiqué par les ayants droit qui ont eu l'impression que les problèmes de piratage n'étaient pas pris au sérieux par le gouvernement¹⁸⁵.

Suite à de nombreuses interventions parlementaires portant sur le droit d'auteur, la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a institué en 2012 un groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins : l'AGUR12¹⁸⁶. Le 6 décembre 2013, ce groupe a publié son rapport final¹⁸⁷.

Après avoir été rappelé en automne 2016, l'AGUR12 a mis un terme à ses travaux le 2 mars 2017. Le Département fédéral de justice et police DFPJ intégrera les résultats du groupe dans ses réflexions. Un nouveau projet de révision de la LDA devrait être soumis au Conseil fédéral avant juillet 2017¹⁸⁸.

Concernant les questions du piratage, l'AGUR12 parvient à la conclusion que la lutte doit être plus efficace¹⁸⁹. Ainsi, il est d'avis que les hébergeurs suisses ne doivent plus héberger de plateformes de piratage et qu'ils devront supprimer de leurs serveurs les contenus portant atteinte au droit d'auteur¹⁹⁰. A certaines conditions, ils devront en outre mettre en place une procédure de *stay down* permettant non seulement d'éliminer les atteintes mais de faire en sorte qu'elles le restent définitivement. En matière de P2P, cette mesure n'est pas applicable puisque les hébergeurs sont les utilisateurs eux-mêmes.

Les consommateurs, quant à eux, continueraient de bénéficier d'un droit d'auteur libéral, qui ne les criminalise pas mais qui met plutôt l'accent sur l'information¹⁹¹. Ainsi, concernant les redevances de l'art. 20 al. 3 LDA, l'AGUR12 considère qu'elles sont toujours opportunes à l'heure du numérique¹⁹². Le groupe constate que cette solution « *permet une rémunération des ayants droit de manière simple, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective, tout en évitant une criminalisation des consommateurs* »¹⁹³.

S'agissant des réseaux P2P, le groupe est revenu sur sa position de 2013. En particulier, il a abandonné l'idée d'envoi de messages d'information aux utilisateurs en cas de violations graves des droits d'auteur¹⁹⁴. Le groupe entend toutefois débloquer la situation causée par l'affaire Logistep¹⁹⁵ en proposant l'introduction d'une disposition permettant le traitement de données en vue d'une poursuite pénale des violations du droit d'auteur¹⁹⁶. Ainsi, une fois une plainte pénale déposée contre un abonné identifié uniquement par une adresse IP, le ministère public pourra obtenir du fournisseur d'accès Internet l'identité de l'abonné en demandant la levée du secret des télécommunications¹⁹⁷. Cette réforme est la bienvenue, puisqu'elle permettra enfin de rétablir la mise en œuvre des droits des auteurs à l'encontre des *uploads* illicites.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸⁵ SALVADE, *Quid iuris*, p. 76-77.

¹⁸⁶ Rapport final de l'AGUR12, p. 8.

¹⁸⁷ Rapport final de l'AGUR12.

¹⁸⁸ Cf. communiqué aux médias du 2 mars 2017 de l'AGUR12, accessible sur https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/AGUR12_II_Medienmitteilung_20170302_FR.pdf.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Rapport final de l'AGUR12, pp. 75 et 77.

¹⁹² Rapport final de l'AGUR12, p. 83.

¹⁹³ Rapport final de l'AGUR12, p. 83.

¹⁹⁴ Communiqué aux médias du 2 mars 2017 de l'AGUR12, accessible sur https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/AGUR12_II_Medienmitteilung_20170302_FR.pdf.

¹⁹⁵ Cf. *supra* chap. III, 3, c, i.

¹⁹⁶ Communiqué aux médias du 2 mars 2017 de l'AGUR12, accessible sur https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/AGUR12_II_Medienmitteilung_20170302_FR.pdf.

¹⁹⁷ CHARLET François, *Les mesures proposées par la Suisse contre le piratage*, 2014, article accessible sur <https://francoischarlet.ch/2014/les-mesures-proposees-par-la-suisse-contre-le-piratage/>.

IV. Situation aux Etats-Unis

1. Principe généraux du « Copyright law »

a) Remarques préliminaires

Avant d'entrer dans les détails, il convient de relever que l'ordre juridique américain est issu du *common law* et diffère sur de nombreux points de la conception de droit civil continentale¹⁹⁸. Le droit du *copyright* ne fait pas exception à cette règle et bien que souvent présenté comme l'homologue du droit d'auteur¹⁹⁹, il présente de nombreuses différences avec celui-ci. Comme le constate Sessa toutefois, « avec la multiplication des traités internationaux, ainsi que les influences réciproques du droit anglais et du droit continental, les différences ont tendance à se niveler »²⁰⁰.

Dans ce chapitre nous étudierons les principes généraux du *copyright* américain en nous intéressant particulièrement à ses principales différences avec le droit d'auteur suisse. Nous analyserons ensuite la manière dont le *copyright law* aborde la question du P2P.

b) Œuvres protégées par le Copyright

Aux Etats-Unis, l'ensemble des travaux législatifs concernant la propriété intellectuelle se trouve dans le Titre 17 du *United States Code* (17 USC)²⁰¹.

A teneur du Titre 17 USC section 102 (a), sont protégées les « *original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.* ».

Cette disposition cite ensuite les types d'œuvres susceptibles d'être protégées par *copyright*²⁰². Les œuvres littéraires et musicales, les prestations, les images, les enregistrements de sons ou encore les œuvres architecturales peuvent ainsi être protégées²⁰³. Il convient d'interpréter cette liste largement. Les logiciels d'ordinateurs, par exemple, peuvent être enregistrés en tant qu'œuvres littéraires²⁰⁴.

S'agissant des conditions de base pour qu'une œuvre soit protégée, elles sont très semblables à celles prévues par la LDA. Une œuvre devra en particulier être originale, c'est-à-dire ne pas avoir été copiée à partir d'une œuvre déjà existante et être un minimum innovante²⁰⁵. En outre, les idées, les méthodes, les découvertes et les concepts sont également exclus du champ d'application²⁰⁶.

Une différence de taille avec la LDA réside toutefois dans le fait que le *copyright* exige une **fixation matérielle des œuvres sur un support**²⁰⁷. Ainsi, contrairement au droit suisse, une prestation en plein air par exemple, devra avoir été enregistrée sur un support pour être protégée²⁰⁸.

¹⁹⁸ Sessa, p. 33.

¹⁹⁹ Voir p.ex le site internet de l'IPI qui indique que le droit d'auteur correspond au copyright de la législation anglo-saxonne (<https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/droit-dauteur.html>).

²⁰⁰ Sessa, p. 33 ; les deux traditions se sont notamment rapprochées depuis la convention de Berne de 1971. Les Etats-Unis l'ont rejoint en 1989.

²⁰¹ Accessible sur : <https://www.copyright.gov/title17/>.

²⁰² LAFRANCE, p. 16.

²⁰³ Voir 17 USC § 102 (a) ch. 1 à 8.

²⁰⁴ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Basics*, p. 3.

²⁰⁵ LAFRANCE, p. 4.

²⁰⁶ 17 USC § 102 (b).

²⁰⁷ 17 USC § 102 (a).

²⁰⁸ LAFRANCE, p. 9.

c) La notion d'auteur

La conception anglo-saxonne du droit ne connaît pas le principe du créateur²⁰⁹. Le *copyright* ne protège pas une personne mais l'action de reproduire une œuvre²¹⁰. Par ailleurs, « *copyright* » se traduit littéralement par « *droit de copier* ». Il s'agit bien d'un droit d'exploitant, lié à l'œuvre elle-même et non à la personne de l'auteur.

Le *copyright* et le droit d'auteur aboutissent à un monopole d'exploitation de l'œuvre, mais ils sont fondés sur des conceptions différentes. Ainsi, si la LDA prévoit que seule une personne physique peut être titulaire des droits d'auteur, tel n'est pas le cas aux Etats-Unis : les *copyrights* peuvent sans autre appartenir aux personnes morales²¹¹.

Le Titre 17 USC § 201 prévoit expressément trois types de propriétaires potentiels du *copyright* : L'auteur, l'employeur - respectivement tout autre personne pour qui l'œuvre a été réalisée - et le contributeur à une œuvre collective. S'agissant d'une œuvre réalisée dans le cadre d'un engagement (« *work for hire* »), le Titre 17 USC § 201 dispose qu'une œuvre est la création de l'employeur ou du commanditaire de l'œuvre. Dans un tel cas, l'auteur peut être exclu totalement du régime des *copyrights*²¹².

Le *copyright law* distingue ainsi très clairement l'auteur et le propriétaire des droits sur l'œuvre. L'expression anglaise « *Initial Ownership* » utilisée dans la loi pour désigner l'auteur, laisse par ailleurs clairement entendre que le *copyright* a vocation à être transféré²¹³.

d) Etendue de la protection

i. Enregistrement des œuvres

De même que sous le régime du droit d'auteur suisse, le *copyright* protège une œuvre dès qu'elle répond aux conditions légales et cela indépendamment de toute formalité.

Historiquement, un dépôt était nécessaire pour faire valoir le *copyright*. Cette condition constituait une caractéristique de l'approche issue du *common law*. Depuis l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne, cet enregistrement n'est toutefois plus obligatoire. Les mentions de la date de la première publication, du nom du titulaire des droits ainsi que l'apposition du symbole « *copyright* » ou « © » ne jouent ainsi plus un rôle de protection²¹⁴.

Aux Etats-Unis, l'enregistrement d'une œuvre demeure utile pour des questions procédurales. En effet, à l'exception des œuvres publiées dans un pays membres de la convention de Berne autre que les Etats-Unis, il s'agit en principe d'un prérequis à toute action en violation des *copyrights*²¹⁵. En outre, l'ayant droit dont l'œuvre a été enregistrée bénéficiera d'une présomption de paternité²¹⁶. L'enregistrement d'une œuvre auprès du *Copyright Office* demeure donc fortement conseillé aux Etats-Unis²¹⁷.

ii. Les droits moraux

L'une des différences majeures entre le *copyright* et le droit d'auteur concerne les droits moraux.

²⁰⁹ BARRELET / EGGLOFF, N° 1 ad art. 6 LDA.

²¹⁰ MORAND Anne, *Quelques différences entre Droit d'auteur (français) et Copyright (américain) partie 2*, 2014.

²¹¹ SESSA, p. 33.

²¹² SESSA, p. 33.

²¹³ 17 USC § 201 (a).

²¹⁴ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Basics*, p. 4.

²¹⁵ SESSA, p. 34.

²¹⁶ SESSA, p. 34 et réf. cit.

²¹⁷ SESSA, p. 35.

Aux Etats-Unis, les droits de paternité, de divulgation et d'intégrité de l'œuvre tels que nous les connaissons en Suisse ne sont en principe pas reconnus par le *copyright*. En effet, bien qu'il ait adhéré à la Convention de Berne, ce pays refuse d'intégrer la partie relative aux droits moraux dans son *copyright law*²¹⁸. Les Etats-Unis considèrent que ces droits découlent d'autres domaines de leur législation²¹⁹.

La jurisprudence reconnaît toutefois des droits moraux à certains auteurs indépendamment des droits des titulaires des *copyrights*²²⁰. Ainsi, les auteurs *d'une œuvre des arts visuels* bénéficient de droits moraux tels que le droit de paternité²²¹. Enfin, les Etats américains restent libres d'incorporer des droits moraux dans leurs propres législations²²².

iii. Les droits patrimoniaux

La section 106 du Titre 17 USC énumère les droits exclusifs du propriétaire du *copyright*.

Ce dernier bénéficie des droits suivants²²³ :

- Le **droit de reproduire** l'œuvre protégée sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes²²⁴ ;
- Le **droit de créer des œuvres dérivées** fondées sur l'œuvre protégée²²⁵ ;
- Le **droit de distribuer dans le public** des exemplaires ou des phonogrammes de l'œuvre protégée par la vente ou un autre mode de transfert de la propriété, ou par louage, location ou prêt²²⁶ ;
- Dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, de films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, le **droit de représenter ou d'exécuter en public** l'œuvre protégée²²⁷ ;
- Dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, ainsi que d'œuvres de peinture, des arts graphiques ou de sculpture, y compris les images isolées d'un film cinématographique ou de toute autre œuvre audiovisuelle, le **droit de présenter en public** l'œuvre protégée²²⁸ ;
- Dans le cas d'enregistrement sonores, le **droit de représenter ou exécuter en public** l'œuvre protégée au moyen d'une transmission audionumérique²²⁹.

Ces droits correspondent en grande partie aux droits patrimoniaux prévus par la LDA. Comme nous le verrons ci-dessous, l'étendue du droit de distribution fait toutefois l'objet d'une controverse dans le domaine informatique aux Etats-Unis²³⁰.

²¹⁸ Certains Etats reconnaissent les droits moraux des auteurs. Tel n'est toutefois pas le cas au niveau fédéral ainsi que dans la plupart des Etats.

²¹⁹ MORAND Anne, *Quelques différences entre Droit d'auteur (français) et Copyright (américain) partie 2*.

²²⁰ SESSA, p. 34.

²²¹ Cf. 17 USC sec. 106A.

²²² Les Etats de New-York et Californie ont par exemple. introduit de véritables droits moraux dans leur législation (cf. SESSA, p. 34).

²²³ Traductions par le Bureau international de l'OMPI, accessibles sur <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/us/us001fr.pdf>.

²²⁴ 17 USC § 106 ch. 1.

²²⁵ 17 USC § 106 ch. 2.

²²⁶ 17 USC § 106 ch. 3.

²²⁷ 17 USC § 106 ch. 4.

²²⁸ 17 USC § 106 ch. 5.

²²⁹ 17 USC § 106 ch. 6.

²³⁰ Cf. *infra* IV, 2, b.

e) Limites au *Copyright* et « *fair use* »

i. Durée de protection

En général, la durée de protection est la même qu'en Suisse. Ainsi, une œuvre sera protégée au cours de la vie de l'auteur et au cours des 70 ans suivant son décès²³¹.

Toutefois, lorsqu'une œuvre a été créée dans le cadre d'un engagement (« *work for hire* »), ou lorsque l'auteur est anonyme, la durée de protection sera de 95 ans depuis sa publication ou de 120 ans depuis sa création si cette durée est plus courte²³².

ii. *Fair use*

L'exception du *fair use* est l'ensemble de règles de droit d'origine législative ou jurisprudentielle qui apportent des limitations au *copyright*. Le *fair use* est en quelque sorte le pendant de l'exception d'usage privé telle qu'on la connaît en Suisse²³³.

Les critères actuels permettant de déterminer si une utilisation d'une œuvre peut être considérée comme du *fair use* sont prévus au Titre 17 USC § 107. Ils sont au nombre de quatre :

- L'objectif et la nature de l'usage, en particulier si l'œuvre est utilisée pour un usage commercial ou dans un but d'éducation²³⁴ ;
- La nature de l'œuvre protégée²³⁵ ;
- La quantité et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée²³⁶ ;
- Les conséquences de l'usage de l'œuvre sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée²³⁷.

Les critères donnés par la loi sont formulés très largement de sorte que les juges ont un rôle primordial pour déterminer si un usage déterminé peut être considéré comme du *fair use* ou non²³⁸. Il n'existe pas de règles spécifiques - comme par exemple le nombre de pages d'une œuvre qui pourrait être utilisé sans autorisation - auxquelles le juge pourrait se référer²³⁹. Ce dernier devra au contraire analyser chaque cas précis à la lumière de l'ensemble des critères du Titre 17 USC § 107²⁴⁰.

Il sera donc souvent difficile pour le justiciable de déterminer si une utilisation est couverte par l'exception du *fair use* avant qu'une décision judiciaire soit rendue²⁴¹. En cas de doute, ce dernier sera bien avisé d'aller consulter un avocat. Afin d'aider la population à mieux comprendre les critères du *fair use*, le *Copyright Office* a répertorié un grand nombre de décisions judiciaires dans un index - *le U.S. Copyright Office Fair Use Index*²⁴² - auquel il est possible de se référer pour une utilisation envisagée. Cet outil permet ainsi de réduire l'insécurité juridique qui entoure cette exception.

²³¹ 17 USC § 302 (a).

²³² 17 USC § 302 (c).

²³³ Cf. *supra* III, 1, e, ii.

²³⁴ 17 USC § 107 ch. 1.

²³⁵ 17 USC § 107 ch. 2.

²³⁶ 17 USC § 107 ch. 3.

²³⁷ 17 USC § 107 ch. 4.

²³⁸ Site Internet du U.S. Copyright Office, *More Information on Fair Use*, accessible sur <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ Ainsi, dans une affaire *Campell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, la Cour Suprême des Etats-Unis a en particulier estimé que « *Section 107 (...) requires case by case analysis rather than bright line rules* ».

²⁴¹ Site Internet du U.S. Copyright Office, *More Information on Fair Use*, accessible sur <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>.

²⁴² Accessible sur <https://www.copyright.gov/fair-use/>.

2. Le *copyright* face à l'usage illicite du P2P

a) Le « *downloading* »

De même que sous le régime de la LDA, le *downloading* est couvert par le *copyright* puisqu'il occasionne une reproduction de l'œuvre²⁴³. L'application de l'exception du *fair use* en revanche, doit être analysée au cas par cas par les tribunaux et n'est pas admise automatiquement comme c'est le cas pour l'usage privé en droit suisse.

En matière de P2P, deux principales affaires se sont penchées sur l'application du *fair use* concernant le téléchargement d'œuvres :

- Dans l'affaire **A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.**²⁴⁴ (ci-après : Napster), il était reproché aux utilisateurs de Napster, un fournisseur de logiciel P2P basé sur une architecture centralisée, de violer le *copyright* de morceaux de musique. En effet, ce programme, était utilisé pour un échange massif de fichiers MP3²⁴⁵.

Napster a invoqué le *fair use* en invoquant que son programme était utilisé à des fins légitimes par ses utilisateurs : l'échantillonnage de morceaux (« *sampling* »), permettant aux internautes d'écouter puis de choisir les morceaux qu'ils désiraient acheter ainsi que le « *space shifting* », soit le pouvoir pour l'utilisateur d'accéder depuis n'importe où aux œuvres sur lesquelles il détient déjà des droits.

La Cour d'appel du neuvième Circuit, a rejeté l'application du *fair use*, considérant que l'usage de Napster était manifestement de nature commerciale puisque ce programme permettait d'éviter de devoir acheter des morceaux. Elle a également reconnu la nature créative de la plupart des fichiers échangés sur la plateforme. Enfin, s'agissant de l'impact sur le marché, la Cour a considéré que les demandeurs (« *plaintiffs* ») avaient suffisamment démontré que Napster avait engendré une baisse des ventes de CD et entravé leur aptitude à se faire une place sur le marché des ventes numériques.

S'agissant des arguments de Napster, la Cour a considéré qu'il ne s'agissait pas de *sampling*, puisque les morceaux étaient disponibles dans leur totalité. L'argument du *space shifting* a également été rejeté au motif que les fichiers étaient accessibles à tous les utilisateurs sans distinction entre ceux qui possédaient effectivement des droits sur les morceaux et les autres.

- Dans l'affaire **BMG Music v. Gonzales**²⁴⁶, une utilisatrice avait téléchargé sans autorisation 1'370 morceaux de musique protégés par *copyright* avec un programme P2P. La Cour d'appel du septième Circuit a examiné la question de savoir si le téléchargement de 30 de ces morceaux de musique - que l'utilisatrice a admis ne jamais avoir achetés après leur téléchargement - constituait une atteinte au *copyright*.

Dans cette affaire, la défenderesse a également invoqué le *fair use* puisqu'elle téléchargeait ces morceaux dans le but de les essayer et qu'elle achetait ensuite ceux qui lui plaisait. La Cour a rejeté cette argumentation considérant que le cas d'espèce ne remplissait pas la plupart des critères de 17 USC § 107.

En effet, selon la Cour, un tel usage ne pouvait être considéré comme un usage non commercial. Les juges ont en outre considéré qu'une telle pratique avait un effet négatif sur le commerce en invoquant que « *[m]usic downloaded for free from the Internet is a close*

²⁴³ 17 § 106 USC ; SAMARTZI, p. 717.

²⁴⁴ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001) (Cf. résumé de l'affaire sur le *Fair use Index du Copyright Office*, accessible sur <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/a&mrecords-napster-9thcir2001.pdf>).

²⁴⁵ Abréviation de « MPEG-1/2 Audio Layer 3 ». Il s'agit d'un format de compression audio qui permet de réduire fortement la taille d'un fichier. En principe, seules les fréquences inaudibles par l'oreille humaine seront supprimées de sorte que l'expérience auditive ne devrait pas être péjorée.

²⁴⁶ United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, *BMG Music v. Gonzalez*, 430 F.3d 888 (7th Cir. 2005) ; Cf. résumé de l'affaire sur le *Fair use Index du Copyright Office*, accessible sur <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/bmg-gonzalez-7thcir2005.pdf>.

substitute for purchased music »²⁴⁷. Enfin, la Cour a déclaré que la défenderesse aurait pu recourir à d'autres moyens légaux pour écouter des échantillons de musique.

Ainsi, sous le régime du *copyright*, l'utilisateur ne pourra jamais s'assurer qu'il est couvert par le *fair use* lorsqu'il télécharge un fichier sur un réseau P2P. Les décisions ci-dessus laissent plutôt apparaître que cette exception ne s'appliquera pas pour un téléchargement de contenu protégé. Toutefois, il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances très précises, le *fair use* soit tout de même reconnu par un Tribunal²⁴⁸.

b) L' « *uploading* »

Comme nous l'avons vu, 17 USC § 106 (a) confère au titulaire du *copyright* le droit exclusif de « *distribuer dans le public* » des exemplaires d'une œuvre protégée.

En matière de P2P, l'étendue de ce droit n'est pas claire. La notion de « distribuer » (*distribute*) n'étant pas définie dans la loi, les Etats-Unis connaissent une controverse sur la question de savoir si ce droit suppose une réelle copie sur l'ordinateur d'un tiers ou si la simple mise à disposition pour un téléchargement suffit à violer le *copyright*²⁴⁹. L'enjeu est de savoir si les *plaintiffs* sont tenus de démontrer qu'un partage a bien eu lieu²⁵⁰.

Le Congrès des Etats-Unis s'est dernièrement interrogé sur l'intégration d'un droit de mise à disposition (« *Making Available Right* ») dans la loi, qui couvrirait alors explicitement la mise à disposition au format numérique. Il a mandaté le Bureau Américain de Copyright (*U.S. Copyright Office*²⁵¹), qui s'est penché sur la question. Par un rapport de février 2016, le Copyright Office a répondu par la négative en estimant que les droits prévus par 17 USC § 106 couvraient déjà suffisamment le droit de mise à disposition numérique²⁵². Il appartient à présent au Congrès de décider s'il désire suivre l'avis du Bureau de Copyright ou s'il désire clarifier définitivement la situation en précisant la loi²⁵³.

Malgré ces divergences d'opinions, il est généralement admis que si un *uploading* sur l'ordinateur d'un tiers a réellement eu lieu, il y a bien violation du droit de distribution²⁵⁴. Certains auteurs, toutefois, soutiennent que ce droit ne s'appliquerait pas au domaine numérique. Sur ce point, le Copyright Office a répondu qu'une telle conception irait à l'encontre du but des traités Internet de l'OMPI et a constaté que « *no court in the United States that has adopted this extreme position. Each court to have considered this issue has concluded that digital transmissions are within the scope of Section 106(3)* »²⁵⁵.

S'agissant d'une éventuelle application du *fair use*, celle-ci apparaît peu probable dans le cadre d'un *upload* sur une plateforme P2P²⁵⁶. Mais, de même qu'en cas de *downloading*, il appartient au juge d'évaluer au cas par cas dans quelle mesure un *upload* peut être justifié par cette exception.

²⁴⁷ United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, *BMG Music v. Gonzalez*, 430 F.3d 888 (7th Cir. 2005).

²⁴⁸ On pourrait penser à l'utilisateur qui a effectivement acheté tous les morceaux téléchargés en P2P.

²⁴⁹ SAMARTZI, p. 713.

²⁵⁰ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 19.

²⁵¹ <http://copyright.gov>.

²⁵² UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 74.

²⁵³ Relevons que ce droit est prévu par les *traités Internet* de l'OMPI. Le Congrès avait estimé à l'époque, que le droit de mise à disposition était suffisamment couvert par la section 106 du Titre 17 USC.

²⁵⁴ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 19.

²⁵⁵ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 20.

²⁵⁶ FUNG / LAKHANI, p. 390.

3. Les solutions du copyright contre l'usage illicite du P2P

a) Actions civiles

Sur le plan civil, le titulaire du *copyright* dispose de deux options alternatives en cas de violation de ses droits²⁵⁷.

Il peut demander des **dommages-intérêts compensatoires**, correspondant au préjudice qu'il a subi, ainsi qu'au recouvrement de tous les bénéfices réalisés par le contrevenant²⁵⁸.

L'ayant droit peut également choisir « à tout moment, avant que le jugement définitif n'ait été prononcé »²⁵⁹, l'attribution de **dommages-intérêts forfaitaires** (« *statutory damages* »). Il s'agit de montants qui pourront être alloués pour la violation des *copyrights* sur chaque œuvre prise individuellement²⁶⁰. En cas de violation multiples, les montants pourront ainsi s'additionner pour atteindre des montants très élevés²⁶¹. 17 USC § 504 (c) prévoit une fourchette qui se situe entre 750 et 30'000 dollars par œuvre. Dans le cas où le contrevenant a agi de manière délibérée (« *willfully* »), le maximum pourra même atteindre 150'000 dollars²⁶². Le minimum pourra être réduit à 200 dollars si l'auteur de l'atteinte n'était pas conscient du fait que ses actes constituaient une atteinte au droit d'auteur ou qu'il n'avait aucune raison de le penser²⁶³. Il appartiendra ainsi à la Cour compétente de fixer le montant qu'elle estime juste pour la violation de chaque œuvre²⁶⁴.

b) Dispositions pénales

Les « *Criminal Infringement* »²⁶⁵ au *copyright* sont définis à la section 506 du Titre 17 USC. Cette disposition prévoit en particulier la condamnation de « *quiconque porte intentionnellement atteinte au droit d'auteur en vue d'en tirer profit dans le commerce ou de réaliser un gain pécuniaire individuel* »²⁶⁶ ainsi que la confiscation et la destruction des exemplaires ou phonogrammes dont la réalisation a constitué une atteinte au *copyright*²⁶⁷.

Les sanctions peuvent potentiellement être très lourdes. En effet, 18 USC § 2319, applicable par renvoi de 17 USC § 506, prévoit des peines allant jusqu'à 250'000 dollars et 5 ans de prison en cas de première infraction, et de 250'000 dollars et 10 ans de prison en cas de récidive²⁶⁸. Cette disposition comprend aussi explicitement les reproductions et la distribution au moyen électronique²⁶⁹.

c) Le Digital Millennium Act (DMCA)

Le DMCA est la loi américaine amendant le Titre 17 U.S.C. C'est dans cette loi que les Etats-Unis ont transposé en 1998 les traités Internet de l'OMPI. Le DMCA contient notamment des dispositions interdisant le contournement des mesures techniques protégeant contre les atteintes au *copyright*²⁷⁰.

²⁵⁷ SAMUELSON/WHEATLAND, p. 451.

²⁵⁸ 17 USC § 504 (a) ch. 1.

²⁵⁹ Cf. traduction du Bureau de l'OMPI, p. 77 (accessible sur : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/us/us001fr.pdf>).

²⁶⁰ SESSA, p. 36.

²⁶¹ SESSA, p. 36.

²⁶² SESSA, p. 36.

²⁶³ 17 USC § 504 (c) ch. 2.

²⁶⁴ SAMUELSON/WHEATLAND, p. 451.

²⁶⁵ Termes traduit par « *délit* » par le Bureau international de l'OMPI (cf <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/us/us001fr.pdf>, p. 77).

²⁶⁶ 17 USC § 506 (a); traduction du Bureau international de l'OMPI, (<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/us/us001fr.pdf>, p. 77).

²⁶⁷ 17 USC § 506 (b).

²⁶⁸ MORGAN, p. 565.

²⁶⁹ 17 USC § 506 (b) ch. 1.

²⁷⁰ On parle de *Digital rights management (DRM)* pour désigner les technologies utilisées pour protéger les documents assujettis au droit d'auteur.

Cette loi nous intéresse particulièrement dans le cadre du présent travail car, comme nous le verrons ci-dessous²⁷¹, elle contient des règles sur l'identification des auteurs présumés de violations aux *copyrights* ainsi que des règles sur l'exonération de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ou de service Internet (FSI).

En particulier, les FSI doivent mettre en place une procédure de *notice and take down* s'ils désirent limiter leur responsabilité. Cette procédure permet aux titulaires de *copyright* d'avertir un FSI qu'une violation de leurs droits est intervenue sur leur serveur²⁷². Le FSI devra alors fermer l'accès au contenu déclaré comme illicite et le titulaire du *copyright* aura 14 jours pour ouvrir une action en justice, à défaut de quoi le contenu contesté sera remis en ligne²⁷³. Cette mesure n'est toutefois pas applicable en matière de P2P puisqu'elle s'applique seulement aux FSI qui hébergent effectivement du contenu sur leurs serveurs. Or, en P2P, le contenu se situe chez les utilisateurs.

d) Personnes responsables

i. Les utilisateurs

Lorsqu'un internaute *download*e ou *upload*e du contenu *via* P2P, le caractère illicite dépendra principalement de l'application ou non de l'exception du *fair use* par un tribunal²⁷⁴. Dans le cas le plus fréquent, cette exception sera niée²⁷⁵.

Le droit américain distingue la responsabilité directe (*direct liability*) de la responsabilité indirecte (*secondary liability*). Dans le premier cas, une personne ayant violé la loi est responsable pour ses propres actes. Dans le second, le comportement de celui qui a directement violé le droit pourra être imputé à l'intermédiaire qui sera alors considéré comme complice de l'infraction²⁷⁶.

Lorsque les utilisateurs de réseaux P2P contreviennent eux-mêmes aux dispositions du *copyright* en partageant du contenu illicite, ils engageront leur responsabilité directe. Ainsi, l'utilisateur sera sujet tant aux actions civiles que pénales présentées ci-dessus²⁷⁷.

L'ayant droit qui désire faire valoir ses droits à l'encontre d'un utilisateur P2P aux Etats-Unis sera confronté à moins de difficultés que sous le régime Suisse.

S'agissant de l'identification des utilisateurs fautifs tout d'abord, le DCMA prévoit expressément une procédure permettant d'identifier les auteurs violant le *copyright*. Ainsi, le Titre 17 § 512 (h) dispose qu'un ayant droit peut demander au Greffe d'une Cour de district (« *clerk of any United States district* ») de contraindre un fournisseur de service Internet (FSI) à fournir l'identité d'un auteur présumé.

Sur la base de cette disposition, la *Recording Industry Association of America* (RIAA)²⁷⁸, a commencé à poursuivre les utilisateurs P2P qui *upload*aient du contenu protégé²⁷⁹. Pour retrouver les auteurs des violations au *copyright*, la RIAA recherchait des fichiers protégés sur des plateformes P2P et collectait ensuite les adresses IP des *uploaders*²⁸⁰. Elle requérait ensuite de la part des FSI le nom des personnes correspondantes à l'adresse IP. La RIAA a ainsi répertorié plus de 30'000 cas de violation du *copyright* sur les réseaux P2P²⁸¹. Sur l'ensemble de ces cas, environ 18'000 ont donné lieu à des

²⁷¹ Cf. *infra* chap. IV, 3, d. i-ii.

²⁷² 17 USC § 512 (c) ch. 3.

²⁷³ 17 USC § 512 (c)

²⁷⁴ Cf. *supra* chap. IV, 2, a-b.

²⁷⁵ Dans les « *leading cases* » relatifs au P2P (*A&M Records et Inc. v. Napster, Inc* et *BMG Music v. Gonzales*) cités précédemment, (cf. chap. IV.2. a), les utilisateurs ont été considérés comme directement responsables.

²⁷⁶ GILLIERON, p. 205, N° 288.

²⁷⁷ Cf. *supra* IV, 3, a -b.

²⁷⁸ Cette association interprofessionnelle défend les intérêts de l'industrie du disque aux Etats-Unis.

²⁷⁹ GORDON, p. 144.

²⁸⁰ ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, p. 2.

²⁸¹ GORDON, p. 144.

actions en justice²⁸². A noter toutefois, qu'à partir de 2008, au vu des critiques à son encontre, la RIAA a cessé d'ouvrir des actions contre les utilisateurs P2P²⁸³. Il lui était en particulier reproché de vouloir punir les gens sans que cela ait un réel impact sur l'utilisation du P2P²⁸⁴.

Un autre avantage évident pour les ayants droit agissant aux Etats-Unis est la possibilité de demander des dommages-intérêts forfaitaires en lieu et place de dommages-intérêts compensatoires. En effet, les titulaires de *copyright* pourront ouvrir action et obtenir une réparation même si le montant de leur dommage n'est pas établi précisément. Du côté des contrevenants toutefois, comme les juges ne disposent pas de règles précises pour la fixation des montants, ils ont tendance à fixer les *statutory damages* de façon arbitraire et même parfois de manière totalement excessive²⁸⁵. Dans une affaire de partage de fichiers sur une plateforme P2P, une utilisatrice a ainsi été condamnée à un montant total de 222'000 dollars pour avoir partagé 24 morceaux de musique, ce qui équivaut à 9'250 dollars par œuvre²⁸⁶.

ii. Les fournisseurs de programmes P2P

Les fournisseurs de logiciels P2P engageront en principe leur responsabilité indirecte puisque ce ne sont pas eux mais les utilisateurs qui partagent du contenu protégé.

Dans le cadre du P2P, la responsabilité indirecte est généralement admise dans trois cas de figure par la jurisprudence américaine :

- Le premier cas est celui où le défendeur avait connaissance de l'infraction commise par une première personne et qu'il a contribué matériellement à cette infraction. On parlera alors de ***contributory infringement***²⁸⁷. Ainsi, dans l'affaire Napster, la Cour d'appel du neuvième circuit a reconnu que la violation principale du *copyright* se trouvait aux niveau des utilisateurs, mais que le fournisseur avait engagé sa responsabilité pour avoir assisté ces derniers à effectuer des actes illicite en leur mettant à disposition la liste des fichiers disponibles ainsi qu'une fonction de recherche sur son propre serveur²⁸⁸.
- La ***vicarious liability*** est engagée lorsque le défendeur profite financièrement des violations issues du comportement illicite d'un tiers alors qu'il avait le droit et la faculté de surveiller cette personne²⁸⁹. On retrouve ce type de responsabilité dans un rapport de droit du travail par exemple (l'employeur engage sa responsabilité pour les faits de son employé)²⁹⁰.
- Enfin, dans l'affaire *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd*²⁹¹ (ci-après : Grokster), la Cour suprême a fait référence à la théorie de l'***inducement of infringement*** (incitation à la contrefaçon)²⁹². Selon cette théorie, la distribution d'un produit fonde la responsabilité indirecte d'un fournisseur lorsqu'il encourage intentionnellement et matériellement les violations par les utilisateurs de son service²⁹³. Ainsi, Grokster distribuait un logiciel P2P basé sur une architecture décentralisée. Contrairement à Napster, Grokster ne disposait d'aucun serveur propre contenant une liste de fichiers téléchargeables, ni aucune fonction de recherche. Dans cette affaire, la Cour Suprême a retenu que Grokster avait engagé

²⁸² GORDON, p. 144.

²⁸³ GORDON, p. 144.

²⁸⁴ GORDON, pp. 144-145

²⁸⁵ SAMUELSON/WHEATLAND, p. 511.

²⁸⁶ United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, *Capitol Records, Inc. v. Thomas-Rasset*, (2012).

²⁸⁷ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 53, notes de bas de page n° 257.

²⁸⁸ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001) ; PORTMANN/LING, p. 2.

²⁸⁹ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, *The Making Available Right*, p. 53, notes de bas de page n° 257.

²⁹⁰ CHARLET, p. 14.

²⁹¹ Supreme Court of the United States, *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005). La décision est accessible sur www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf.

²⁹² PORTMANN / LING, p. 4.

²⁹³ Selon la Cour « *one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties* ».

sa responsabilité indirecte pour trois raisons principales. Premièrement, elle a considéré que Grokster avait clairement montré son intention de fournir un service facilitant la violation du *copyright*²⁹⁴. Deuxièmement, elle a relevé que Grokster n'avait nullement mis en place des mesures permettant de filtrer et d'exclure les utilisateurs violant des *copyrights*. Troisièmement, Grokster profitait directement des violations de *copyrights* en vendant de l'espace publicitaire²⁹⁵.

Sous certaines conditions, le DMCA donne la possibilité aux fournisseurs de se dégager de leurs responsabilité²⁹⁶. Ainsi, le Titre 17 USC § 512 (a) exonère par exemple le fournisseur de services qui agit en tant que « simple conduit » (« *mere conduit* ») pour le transport de données²⁹⁷. Le Titre 17 USC § 512 (c) permet au fournisseur d'hébergement d'être protégé contre le contenu illicite stocké sur ses serveurs s'il n'a reçu aucun avantage financier de l'activité illicite et qu'il n'avait pas connaissance de la nature illicite du contenu. Pour être couvert, le fournisseur d'hébergement doit également mettre en place une procédure de *notice and take down* et ne doit pas avoir reçu de rémunération provenant directement de l'activité illicite²⁹⁸.

L'exonération de responsabilité conférée par le DMCA est toutefois difficile à invoquer pour un fournisseur de logiciels P2P. Dans l'affaire Napster par exemple, la protection de la DMCA n'a pas été reconnue à ce fournisseur de logiciel²⁹⁹. En effet, les caractéristiques des programmes P2P ne permettent en principe pas de qualifier leurs distributeurs de fournisseurs de services ou fournisseurs d'hébergement³⁰⁰. En outre, même si l'une de ces qualifications leur était reconnue par un tribunal, les fournisseurs de logiciels devraient mettre en place des moyens permettant de répondre de manière adéquate aux demandes d'identification, de retrait ou de blocage des ayants droit, ce qui serait difficile au vu des spécificités d'un réseau P2P³⁰¹. En effet, dans un système décentralisé, le fournisseur du logiciel n'a aucun moyen de savoir quels sont les fichiers échangés, puisque le partage se fait directement entre les utilisateurs.

e) Les redevances

Les Etats-Unis connaissent un système de redevances sur les dispositifs d'enregistrement audionumérique et les supports d'enregistrement audionumérique³⁰². Ainsi, toute personne qui désire importer, distribuer ou fabriquer de tels dispositifs ou supports aura l'obligation de verser une redevance au « *Register of Copyright* »³⁰³. Le montant de la redevance est proportionnel au prix de cession (« *transfer price* ») de l'objet³⁰⁴.

Les « *Interested Copyright Parties* » peuvent alors réclamer leurs « *Royalties* » en faisant une demande au « *Copyright Royalty Judges* »³⁰⁵.

²⁹⁴ Grokster a été créé juste après la fermeture de Napster. La Cour a considéré que cette manœuvre avait manifestement pour but d'attirer les anciens utilisateurs de Napster.

²⁹⁵ PORTMANN / LING, p. 4.

²⁹⁶ Rapport du Conseil fédéral sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet, p. 58.

²⁹⁷ CHARLET, p. 13.

²⁹⁸ ANTREASYAN, p. 290, N° 816.

²⁹⁹ CHARLET, p. 40.

³⁰⁰ Les fichiers étant échangés entre les utilisateurs eux-mêmes, les dispositions relatives aux fournisseurs d'hébergement ne sont pas applicables aux fournisseurs de logiciels P2P (cf. CHARLET, p. 40).

³⁰¹ CHARLET, p. 42.

³⁰² 17 USC § 1003 ss.

³⁰³ 17 USC § 1005.

³⁰⁴ Cf. 17 USC 1004 (a) et (b). Pour les dispositifs d'enregistrement le montant est de 2% du prix de cession. Il est de 3% pour les supports d'enregistrement audionumériques.

³⁰⁵ 17 USC § 1007 ; Il est nécessaire que l'œuvre musicale ait été licitement incorporée à un enregistrement musical et distribué ou diffusée dans le public (17 USC § 1006).

V. Conclusion

Cette étude permet de constater que lorsqu'un programme P2P est utilisé pour partager du contenu protégé, son utilisation est en principe illicite tant en Suisse qu'aux Etats-Unis.

En effet, les programmes P2P étant généralement paramétrés pour *uploader* le contenu téléchargé, rares sont les utilisateurs suisses qui pourront se réfugier derrière l'exception d'usage privé. Aux Etats-Unis, l'exception de *fair use* est également difficilement retenue par les tribunaux tant pour le *downloading* que l'*uploading*.

S'agissant des « armes » disponibles, les deux ordres juridiques donnent des moyens civils et pénaux permettant d'agir à l'encontre des utilisateurs et fournisseurs de logiciels P2P. Toutefois, il faut bien reconnaître que les ayants droit ne seront pas sur un pied d'égalité dans les deux pays.

En Suisse, suite à l'arrêt Logistep, les ayants droit ont perdu dans les faits toute possibilité de s'en prendre directement aux utilisateurs suisses. L'introduction d'une disposition permettant de traiter les données afin d'accéder aux noms correspondant aux adresses IP des utilisateurs est donc une nécessité, qui permettra enfin de rendre sa cohérence au droit d'auteur face au P2P.

Aux Etats-Unis, la procédure d'identification de l'internaute présumé fautif prévue par le DMCA a permis quant à elle l'ouverture d'actions répressives à l'encontre des utilisateurs dès l'apparition des programmes P2P. L'établissement de l'existence et du montant d'un dommage est également un obstacle aux actions judiciaires que l'ordre juridique américain permet de contourner grâce aux *statutory damages*.

Cette étude démontre toutefois que les nombreuses actions intentées aux Etats-Unis par l'industrie du divertissement n'ont pas forcément donné satisfaction aux ayants droit ni eu l'impact escompté. La décision de la RIAA de cesser de poursuivre les utilisateurs le prouve. A cet égard, la solution suisse visant à ne pas criminaliser les consommateurs, tout en permettant une rémunération effective des ayants droit par le biais des redevances, s'est donc avérée finalement plus pragmatique que les solutions répressives américaines.

Si ce n'est absolument pas une raison pour que le gouvernement se désintéresse de la protection des droits des auteurs, il convient également de constater que les ayants droit trouvent aussi parfois leurs propres solutions pour affronter l'offre illégale. Ainsi, les alternatives légales et attractives s'avèrent être une arme redoutable face au P2P.

Je relèverai enfin que le domaine technologique est en perpétuelle évolution. Le droit d'auteur et le *copyright* devront constamment faire face à de nouvelles technologies et s'adapter en conséquence : le partage de fichiers en P2P, par exemple, est lentement remplacé par le *streaming*. Les solutions devront être trouvées un niveau international pour être efficace. La position du Conseil fédéral de 2011 était ainsi indéfendable. Ce n'est pas parce que les intérêts financiers suisses ne sont pas équivalents à ceux des Etats-Unis que les ayants droit américains doivent voir leurs droits ignorés dans notre pays. Les propositions de l'AGUR12, en particulier sa volonté d'agir plus efficacement contre le piratage, laisse ainsi présager un meilleur respect des droits des auteurs suisses et étrangers.