

Le «card sharing» en droit suisse

Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral du 11 octobre 2012, «Canal+»

SEVAN ANTREASYAN* / ISY SAKKAL**

Dans ses trois arrêts rendus le 11 octobre 2012, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'analyse du système de partage de carte («card sharing») qui permet l'accès à des chaînes de télévision cryptées, sans disposer d'un abonnement. L'article ci-dessous propose une analyse systématique des griefs invoqués par Canal+ afin de condamner les exploitants d'un tel système pour violation du droit d'auteur (art. 10 al. 2 let. e–f LDA), concurrence déloyale (art. 5 let. c LCD) et fabrication d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés (art. 150bis CP). Le système mis en place est à la pointe des avancées technologiques et, à ce titre, soulève différentes questions d'interprétation des lois en vigueur. Les auteurs analysent la solution retenue par le Tribunal fédéral, tout en explorant de nouvelles pistes de réflexion.

In seinen drei am 11. Oktober 2012 erlassenen Urteilen hat sich das Bundesgericht mit dem sogenannten Card Sharing befasst, welches ohne Abonnement Zugang zu verschlüsselten TV-Programmen ermöglicht. Der vorliegende Beitrag prüft systematisch die von Canal+ vorgebrachten Rügen, mit welchen die Beschuldigten wegen Urheberrechtsverletzung (Art. 10 Abs. 2 lit. e–f URG), unlauterem Wettbewerb (Art. 5 lit. c UWG) sowie wegen Herstellens und Inverkehrbringens von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote (Art. 150bis StGB) verurteilt werden sollten. Das Codierungssystem entspricht dem neuesten technischen Stand und wirft somit verschiedene Fragen bezüglich der Interpretation der aktuellen Gesetze auf. Die Verfasser prüfen die zurückhaltende Lösung des Bundesgerichts und formulieren gleichzeitig neue Denkansätze.

I. Introduction

II. Droit d'auteur

1. Droits exclusifs de l'auteur
2. Système de cryptage en tant qu'œuvre protégée?
3. Protection des mesures techniques

III. Concurrence déloyale (art. 5 let. c LCD)

1. Reprise du travail d'un tiers
2. Absence de sacrifice correspondant

IV. Droit pénal (art. 150^{bis} CP)

1. Objet de l'infraction
2. Comportement punissable
3. Situation de l'utilisateur
4. Art. 150^{bis} CP et protection des mesures techniques

V. Conclusion

Résumé / Zusammenfassung

I. Introduction

Le premier de ces arrêts faisant l'objet du présent article est une affaire jurassienne (TF, sic! 3/2013, 144 ss, «Canal+ I») et les deux suivants sont les deux volets d'une même affaire vaudoise (TF, sic! 3/2013, 148 ss, «Canal+ II» et TF, sic! 3/2013, 151 ss, «Canal+ III»). Dans ces deux litiges, les griefs diffèrent, mais les faits sont similaires. X dans le canton du Jura et A et B dans le canton de Vaud, ont mis en place un système de partage de carte («card sharing») afin de permettre à leurs clients de regarder les émissions télévisées des chaînes de Canal+, sans disposer d'un abonnement. Le système de cryptage dans son intégralité, développé par Nagravision, comporte un codage du signal des émissions par le biais de mots de contrôle (ECM, *Entitlement Control Message*) générés par un logi-

* MLaw, assistant, Genève.

** MLaw, assistant, Genève.

ciel de cryptage. Ce dernier est intégré à une carte à puce qui est fournie aux clients de Canal+. X, A et B utilisaient des cartes à puce obtenues régulièrement auprès de la société Canal+, mais qu'ils partageaient sur un serveur internet. Les décodeurs Dreambox de leurs clients, sur lesquels était installé un logiciel pirate, se connectaient au serveur afin de recevoir les ECM et ainsi décrypter les programmes de Canal+.

Les paragraphes suivants analyseront les griefs tirés d'une violation de la loi sur le droit d'auteur (II) avant d'aborder les moyens issus de la loi contre la concurrence déloyale (III) et enfin la violation alléguée de l'art. 150^{bis} CP sera examinée (IV).

II. Droit d'auteur

Le droit d'auteur protège les auteurs et les organismes de diffusion d'œuvres au sens de l'art. 2 LDA contre des utilisations non autorisées. L'état de fait des affaires traitées dans cette contribution soulève plusieurs questions intéressantes au regard de cette loi, dont certaines ont été traitées par le Tribunal fédéral.

Premièrement, ce chapitre traitera des droits exclusifs de l'art. 10 LDA portant sur le contenu des programmes diffusés par Canal+ (1). Deuxièmement, nous traiterons la question de savoir si les ECM ou le système de cryptage dans son intégralité auraient pu bénéficier de la protection de la LDA en tant qu'objets du droit d'auteur (2). Enfin, le contournement des mesures techniques de protection – dont les dispositions pertinentes de la LDA n'étaient pas encore entrées en vigueur au moment des faits des affaires discutées – fera l'objet de quelques développements (3).

1. Droits exclusifs de l'auteur

Les droits exclusifs (patrimoniaux) des auteurs sont définis à l'art. 10 LDA. En son premier alinéa, cette disposition prévoit que «[l']auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée». Le deuxième alinéa de cette disposition contient une liste exemplative («en particulier») des utilisations qui sont visées par la loi. Dans les affaires discutées, le Tribunal fédéral s'en est tenu à une analyse du comportement incriminé (le système du «*card sharing*») sous l'angle du droit exclusif de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA) et celui «de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises» (art. 10 al. 2 let. f LDA).

Après une discussion concernant le droit de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA) brièvement abordé dans l'arrêt «Canal+ I» (a), les art. 10 al. 2 let. e–f LDA, ainsi que leur application par le Tribunal fédéral, seront discutées ci-après (respectivement aux points b et c) avant de se poser la question de savoir si le comportement incriminé peut représenter un nouveau type d'utilisation au sens de l'art. 10 al. 1 LDA (d).

a) Droit de diffusion

Le Tribunal fédéral a écarté à juste titre l'application de l'art. 10 al. 2 let. d LDA visant le droit de diffusion dans le cadre des affaires «Canal+», mais s'est appuyé sur cette notion pour définir le droit de retransmission. Il paraît cependant intéressant de discuter cette définition, *ex cursus*, dans la mesure où une évolution de la jurisprudence serait souhaitable en vue de l'adapter aux nouveaux types de diffusion sur Internet (diffusion directe et en flux continu).

L'art. 10 al. 2 let. d LDA dispose que l'auteur a le droit «de diffuser l'œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues, soit par voie hertzienne, soit par câble ou autres conducteurs».

Le Tribunal fédéral indique que la «diffusion est une première transmission, soit une transmission primaire, par rapport à la retransmission [, et que ce] droit vise la transmission simultanée de l'œuvre par des moyens techniques de télécommunication à un nombre indéterminé de personnes» (TF, sic! 3/2013, 144 ss, «Canal+ I»). La condition de simultanéité ou d'accessorité – qui est également supportée par la doctrine majoritaire (voir notamment D. BARRELET/W. EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, 3^{ème} éd., Berne 2008, LDA 10 N 26a; F. DESSEMONNET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, 205 ss; H. PFORTMÜLLER, *Stämpflis Handkommentar Urheberrecht*, 2^{ème} éd., Berne 2012, URG 10 N 11) – ne paraît pas opportune et ne ressort pas du texte de la loi.

Selon la doctrine, la diffusion linéaire d'un programme sur internet, sans que celui-ci ne soit diffusé simultanément par le biais d'un autre média, ne tomberait pas sous le coup de l'art. 10 al. 2 let. d LDA

parce qu'il n'est pas diffusé simultanément par un autre moyen «conventionnel» (BARRELET/EGLOFF, LDA 10 N 26a; DESSEMONTET, 205 ss; PFORTMÜLLER, URG 10 N 11). Poser cette condition reviendrait à soustraire certains actes d'utilisation d'œuvres du champ d'application de la LDA.

La diffusion linéaire d'un programme uniquement sur internet ne constituerait pas non plus une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA dans la mesure où elle n'est pas accessible «à la demande» mais en flux continu (voir PFORTMÜLLER, URG 10 N 10), ni d'une reproduction (art. 10 al. 2 let. a LDA) car elle ne serait que temporaire (P. GILLIÉRON, Propriété intellectuelle et Internet, Lausanne 2003, N 357 ss; pour le surplus, l'exception de l'art. 24a LDA serait applicable en l'espèce). De plus, le droit exclusif «de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises» (art. 10 al. 2 let. f LDA) n'entre pas en ligne de compte dans cette hypothèse dans la mesure où celui-ci ne concerne que la «diffusion» d'œuvres en présence physique d'un public (e.g. la diffusion de programmes de télévision ou de radio dans un restaurant; voir notamment Barrelet/Egloff, LDA 10 N 37 s.).

Le législateur a clairement souhaité que les droits exclusifs des auteurs soient exprimés de façon technologiquement neutre de sorte à permettre au juge d'adapter ceux-ci à de nouveaux types d'utilisation qui ne pouvaient être prévus au moment de l'adoption de la loi (TF, sic! 2007, 722 ss, «MP3-Player II»). Par ailleurs, il est de plus en plus fréquent de trouver des programmes diffusés exclusivement sur internet en flux continu (voir par exemple les plateformes LiveStream (<http://new.livestream.com>) et YouTube Live (<http://www.youtube.com/live/all>)). Il convient alors d'appliquer l'art. 10 al. 2 let. d LDA dans une telle hypothèse et ainsi retenir comme conditions d'application: la diffusion en flux continu à un nombre indéterminé de personnes qui doivent être en mesure de capter cette diffusion sans frais excessifs, en abandonnant ainsi l'exigence de simultanéité ou d'accessoriété.

b) Droit de retransmission

Le droit exclusif de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA) a été discuté dans l'affaire «Canal+ I». Le tribunal cantonal jurassien a estimé que le système mis en place par le prévenu violait ce droit (TC Jura du 14 juin 2011, Ap 4/11, consid. 7.3.1). Le Tribunal fédéral a justement renversé cette décision en expliquant que c'est l'œuvre elle-même qui doit être retransmise pour que l'art. 10 al. 2 let. e LDA entre en ligne de compte (TF, sic! 3/2013, 144 ss consid. 4.3, «Canal+ I»). Or, *in casu*, les œuvres diffusées par Canal+ n'étaient pas elles-mêmes retransmises sur les appareils des clients; seuls les ECM permettant de contourner les mesures techniques de protection du signal satellite étaient transmis à ces appareils depuis le serveur installé chez le recourant.

Le texte de la loi est clair à ce sujet: il s'agit bien du droit de «retransmettre l'œuvre diffusée». Proposer une interprétation étendant l'application de cette disposition aux faits en question y serait contraire. Une interprétation par analogie paraît également dépasser le but de l'art. 10 al. 2 let. e LDA; le partage de codes permettant de réceptionner des œuvres n'étant pas analogue à la retransmission de ces dernières.

c) Droit de faire voir ou entendre

La violation du droit exclusif de faire voir ou entendre une œuvre (art. 10 al. 2 let. f LDA) a été soulevée dans la procédure devant le Tribunal vaudois qui a écarté ce moyen (TC Vaud du 9 décembre 2011, consid. 3.3) et dont la décision a été confirmée par le Tribunal fédéral (TF, sic! 3/2013, 151 ss, «Canal+ III»). En effet, cette disposition vise la «réception publique» (voir BARRELET/EGLOFF, LDA 10 N 37 s.) qui «suppose l'absence d'installation supplémentaire entre le poste récepteur et les utilisateurs» (TF, sic! 3/2013, 151 ss consid. 2.1.1, «Canal+ III»). Cela n'était pas le cas en l'espèce dans la mesure où la réception des programmes de Canal+ nécessitait un appareil (Dreambox) qui se connectait au serveur des fournisseurs pour obtenir les ECM.

d) Nouveau droit exclusif?

L'art. 10 al. 2 LDA contient une liste exemplative des utilisations qui sont visées par la loi. Ceci constituait une nouveauté de la loi sur le droit d'auteur entrée en vigueur en 1992 (BARRELET/EGLOFF, LDA 10 N 3) qui avait pour but de rendre cette disposition technologiquement neutre, soit applicable à de nouveaux types d'utilisations qui n'existaient pas encore au moment de l'entrée en vigueur de la LDA

et qui ne pouvaient ainsi pas être appréhendées par le législateur (voir notamment TF, sic! 2007, 722 ss, «MP3-Player II»). Ceci laisse aux juges la marge de manœuvre nécessaire pour étendre la portée du droit exclusif des auteurs au-delà de la liste de l'art. 10 al. 2 LDA.

On peut ainsi se demander si le système de piratage mis en place dans les cas d'espèce – qui permet à des utilisateurs de réceptionner les programmes diffusés par satellite en partageant les ECM – constitue une nouvelle forme d'utilisation que le législateur n'avait pas prévue. Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment (*supra* II.1.b), il faut répondre par la négative. Le droit exclusif d'utilisation doit être directement lié à l'œuvre (art. 10 al. 1 LDA). En ce sens, le fait de faciliter la perception de l'œuvre par des tiers – sans utiliser l'œuvre elle-même mais simplement en mettant à disposition un système de piratage – n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 10 LDA.

2. Système de cryptage en tant qu'œuvre protégée?

Le système de cryptage dans son intégralité comprend le logiciel de cryptage incorporé sur la carte à puce fournie par Canal+ et les ECM, qui sont générés par ce logiciel et par le biais desquels les autorisations de réception du signal satellite sont vérifiées.

Canal+ a argumenté que, outre le droit d'auteur portant sur le contenu des programmes qu'elle diffuse par satellite, X, A et B ont violé son droit d'auteur sur les ECM. Le Tribunal fédéral n'a pas considéré ce grief dans la mesure où il n'avait pas été soulevé devant l'autorité cantonale (TF, sic! 3/2013, 144 ss consid. 4.3, «Canal+ I»; TF, sic! 3/2013, 151 ss consid. 1.2, «Canal+ III»). Cette hypothèse sera traitée en premier lieu (a) avant de se poser la question de savoir si le logiciel de cryptage en lui-même n'aurait pas été un meilleur candidat à la protection offerte par le droit d'auteur (b).

a) ECM en tant qu'œuvre?

L'œuvre au sens du droit d'auteur est une création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel (art. 2 al. 1 LDA).

Une création de l'esprit repose sur la volonté humaine (FF 1989 III 506) et exclut les produits de la technique (BARRELET/EGLOFF, LDA 2 N 5). Cependant, les créations qui sont le résultat de l'utilisation volontaire des règles du hasard (notamment dans le contexte informatique) sont au bénéfice de la protection accordée par le droit d'auteur (BARRELET/EGLOFF, LDA 2 N 5). Ceci semble être le cas des ECM qui sont générés automatiquement et de façon aléatoire par un logiciel de cryptage qui a été programmé par la volonté humaine.

Le domaine littéraire et artistique est défini de manière très large (BARRELET/EGLOFF, LDA 2 N 7). Cette condition ne pose ainsi pas de problème en l'espèce.

L'individualité constitue en pratique le critère déterminant de la définition de l'œuvre. En plus d'être statistiquement unique, une création de l'esprit doit encore se distinguer «de la banalité ou du travail de routine» (ATF 136 III 225 ss; voir également I. CHERPILLOD, Stämpflis Handkommentar Urheberrecht, URG 2 N 20 et 30 s.; G. WILD, Von der statistischen Einmaligkeit zum soziologischen Werkbegriff. Zum 35-jährigen Publikationsjubiläum von Max Kummers «Das urheberrechtlich schützbare Werk», sic! 2004, 61 ss, 65; ATF 134 III 166 ss). Compte tenu de la nature spécifique des logiciels – *i.e.* leur destination fonctionnelle plutôt qu'esthétique – l'individualité répond dans ce cadre à des critères plus souples (F. DESSEMONTET, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^{ème} éd., Lausanne 2011, N 64; K. TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^{ème} éd., Bâle 2006, 157). Il suffit ainsi «que le programme soit bâti sur une structure unique et autonome reconnaissable au travers de toutes les variantes et combinaisons d'effets qu'elle permet de réaliser» (TROLLER, 157). En l'espèce, les ECM ne sont pas des logiciels, mais le produit du logiciel de cryptage. Pris séparément, ils ne sont pas suffisamment individuels dans la mesure où ils sont trop banals (ils consistent en un simple mot de contrôle), même si on peut imaginer qu'ils remplissent le critère de l'unicité statistique. Un ECM peut ainsi être considéré, au plus, comme une partie d'œuvre qui, à notre sens, est également trop banale pour obtenir la protection du droit d'auteur. Il est à noter que les parties d'œuvre sont protégeables pour autant qu'elles remplissent les conditions de l'art. 2 al. 1 LDA (art. 2 al. 4 LDA).

b) Logiciel de cryptage

La question de la protection par le droit d'auteur du logiciel de cryptage incorporé dans les cartes à puce fournies par Canal+ à ses abonnés – lesquelles ont été piratées par X, A et B – n'a été posée dans aucune des affaires discutées dans cette contribution.

Les logiciels sont considérés comme des œuvres (art. 2 al. 3 LDA) et doivent ainsi répondre aux trois conditions de l'art. 2 al. 1 LDA (TROLLER, 156 s.). En se référant à la définition qui a été donnée précédemment (*supra* II.2.a), la qualité d'œuvre de ce logiciel de cryptage est indéniable.

En l'espèce, X, A et B disposaient d'un abonnement au service de diffusion par satellite des chaînes de Canal+. Ils étaient ainsi parties au contrat d'abonnement qui les lie à Canal+ et ont obtenu une carte à puce par voie officielle. L'étendue du droit d'utilisation du logiciel incorporé à cette carte à puce est fonction de ce contrat (ATF 125 III 263 ss consid. 4.a), celui-ci étant généralement soumis au régime du contrat de licence (M. JACCARD/V. ROBERT, *Les contrats informatiques/I.–II.*, in: P. Pichonnaz/F. Werro (éd.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives*, Zurich 2009, 95 ss, 102).

Les conditions générales d'utilisation des services de Canal+ prévoient que la «Carte [à puce] mise à disposition de l'Abonné par [Canal+] demeure la propriété exclusive, inaccessibles et insaisissables de [Canal+] et ne pourra en aucun cas être cédée ou mise à disposition d'un tiers sous quelque forme que ce soit ou être utilisée directement ou indirectement par un non Abonné» (art. 7.1 conditions générales d'abonnement Canal+ Suisse par satellite avec carte seule). L'art. 7.2 des mêmes conditions générales ajoute que l'abonné «devra utiliser la Carte [à puce] Canal+ exclusivement pour son usage personnel, à destination d'un seul téléviseur [et que l]usage des Equipements est interdit pour toute organisation de la réception des programmes par des tiers».

Il ressort que le piratage du logiciel de cryptage qui a permis de transmettre les ECM à des tiers constitue une utilisation du logiciel dépassant le cadre des conditions auxquelles X, A et B étaient soumis. Une telle violation contractuelle peut entraîner, dans certains cas, une violation du droit d'auteur.

À ce titre, le droit américain distingue deux types de clauses dans les contrats de licence: les «*contractual covenants*» et les «*license conditions*». Seule la violation du second type de clauses entraîne la violation du droit d'auteur. Pour qu'une clause soit qualifiée de «*license condition*», celle-ci doit avoir un lien étroit avec le droit exclusif d'auteur concédé en licence: «*for a licensee's violation of a contract to constitute copyright infringement, there must be a nexus between the condition and the licensor's exclusive rights of copyright*» («MDY v. Blizzard», 2011 U.S. App. LEXIS 3428, 17). Ce point n'est pas consacré dans la doctrine ou la jurisprudence suisse. En s'inspirant de la solution américaine, il convient, en Suisse, de constater que la violation d'une clause contractuelle – qui limite l'étendue d'un droit exclusif concédé en licence – constitue un usage non autorisé de l'œuvre et ainsi viole le droit d'auteur en sus du contrat. En d'autres termes, les utilisations d'une œuvre qui violent un contrat constituent une violation d'un droit d'auteur uniquement dans la mesure où le droit exclusif en question serait violé en l'absence d'un contrat (voir «Storage Tech. Corp. v. Custom Hardware Eng'g & Consulting», Inc., 421 F.3d 1307, 1316).

En l'espèce, le lien entre, d'une part, les clauses décrivant l'utilisation qui peut être faite des cartes à puce fournies par Canal+ à ses abonnés et, d'autre part, un droit exclusif d'auteur sur le logiciel de cryptage n'est pas assez étroit. Il est en effet discutable que le partage des ECM constitue une violation d'un droit exclusif sur le logiciel de cryptage au sens de l'art. 10 LDA. On ne peut donc pas conclure que le droit d'auteur de Canal+ sur le logiciel de cryptage soit violé conséquemment à la violation des conditions générales d'abonnement.

3. Protection des mesures techniques

Dans l'affaire jurassienne, le Tribunal fédéral se réfère aux dispositions concernant la protection des mesures techniques (art. 39a et 69a LDA), malgré leur entrée en vigueur postérieure aux faits litigieux (TF, sic! 3/2013, 144 ss consid. 4.5, «Canal+ I»). Ces dispositions, issues des «Traité Internet» (WCT et WPPT) de l'OMPI, répriment pénalement la fabrication et la mise en circulation de dispositifs ayant pour but principal de permettre ou de faciliter le contournement de mesures techniques efficaces. Le Tribunal fédéral laisse entendre, à juste titre, que les art. 39a et 69a LDA doivent s'appliquer à celui qui contourne une mesure de cryptage mise en œuvre par le diffuseur d'émissions de télévision par abonnement. La référence à ces dispositions est utilisée en tant qu'argument pour con-

firmer que, à lui seul, le comportement visant à contourner une mesure de cryptage ne viole pas de droit exclusif sur les programmes diffusés. L'adoption récente de ces dispositions spécifiques démontre que, avant leur entrée en vigueur, un tel comportement ne constituait pas une violation des dispositions de la loi sur le droit d'auteur; ces nouvelles dispositions n'auraient pas été nécessaires si le comportement visé était déjà réprimé (consid. 4.5).

Cette dernière réflexion mérite une clarification relative à l'articulation entre le contournement d'une mesure de cryptage et la violation d'un droit exclusif. Les mesures techniques sont protégées par l'art. 39a al. 1 LDA uniquement en tant que moyen de protection des droits d'auteur ou des droits voisins (BARRELET/EGLOFF, LDA 39a N 3). Ceci trouve confirmation dans le fait que le contournement des mesures techniques ne sera frappé d'aucune sanction s'il permet une utilisation licite de l'œuvre (art. 39a al. 4 LDA). De plus, le Conseil fédéral a précisé, concernant l'art. 39a LDA, que «en règle générale, le contournement de mesures techniques consistera [...] en un acte préparatoire à une violation des droits d'auteur ou des droits voisins» (FF 2006, 3297). Il sera ainsi rare, en pratique, qu'une mesure de protection soit violée sans que celle-ci ne soit suivie d'une violation du droit d'auteur au sens de l'art. 10 al. 2 LDA, respectivement d'un droit voisin au sens de l'art. 37 LDA. A ce titre, le contournement du système de cryptage devrait constituer un indice d'une violation d'un droit exclusif. Toutefois, le cas d'espèce se distingue de ce régime, car X a uniquement contourné la mesure de protection, sans violer le droit d'auteur portant sur les émissions télévisées.

III. Concurrence déloyale (art. 5 let. c LCD)

Dans l'arrêt «Canal+ II», le Tribunal fédéral s'est penché sur l'analyse du système de «*card sharing*» au regard du droit de la concurrence déloyale et en particulier de l'art. 5 let. c LCD qui réprime celui qui «reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel» (TF, sic! 3/2013, 148 ss, «Canal+ II»). L'arrêt rejette l'application de cette disposition, deux conditions nécessaires faisant défaut: la condition de la reprise du résultat du travail d'un tiers (1) et celle de l'absence de sacrifice correspondant (2). A titre complémentaire, notons que l'application de l'art. 5 let. c LCD a également été rejetée au niveau cantonal dans l'arrêt «Canal+ I» (TC vaudois du 9 décembre 2011, consid. 8).

1. Reprise du travail d'un tiers

En premier lieu, la condition de la reprise du travail d'un tiers peut viser les émissions diffusées, le système de cryptage dans son intégralité ou les ECM.

Concernant les émissions diffusées, l'arrêt utilise un raisonnement en tout point identique à celui appliqué afin de rejeter le grief de la violation de l'art. 10 al. 2 let. e LDA dans l'affaire jurassienne (TF, sic! 3/2013, 144 ss consid. 4.3, «Canal+ I»). Dans les deux cas, il a été établi que A et B n'ont pas réémis les émissions diffusées, celles-ci étant réceptionnées directement par les clients au moyen de l'appareil Dreambox. En conséquence, de la même façon que les programmes n'ont pas été retransmis par A et B (art. 10 al. 2 let. e LDA), ils n'ont pas été repris (art. 5 let. c LCD). A notre avis, cette argumentation doit être soutenue et peut être renforcée en tenant compte de la condition de l'exploitation du résultat du travail. L'art. 5 let. c LCD vise à réprimer l'exploitation par un concurrent d'un produit concret d'un tiers qu'il reprend à son compte (Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983, 1103), en vue de la conception d'un produit concurrent (M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb*, 2^{ème} éd., Berne 2002, 9.19; P. DUCOR, *Internet* 2003, CEDIDAC, Lausanne 2004, 170). Il en va ainsi de celui qui reproduit intégralement les textes d'un compendium pour les offrir au téléchargement (ATF 134 III 166 = JdT 2008 I 399), de celui qui reprend des annonces immobilières pour les incorporer dans sa propre banque de données (ATF 131 III 384 = SJ 2005 I 428), ou encore de celui qui reproduit un dessin sur des ustensiles remis en cadeau à ses clients (RSPI 1992 122). Dans tous ces cas d'application, le résultat du travail d'un tiers a été isolé, reproduit par un procédé technique et utilisé à travers une prestation propre du «copieur». Au contraire, A et B se sont contentés de permettre l'accès aux programmes de Canal+, et n'ont pas repris à leur compte les programmes diffusés.

Concernant le système de cryptage, l'arrêt constate que celui-ci n'a pas non plus été repris dans son intégralité. Il a été uniquement décrypté (consid. 1.9). La question des ECM n'a toutefois pas été traitée, car la décision cantonale ne contenait aucune constatation y relative et un complément de faits a été refusé (consid. 1.9). Cette question est complexe et aurait pu modifier le résultat des deux affaires,

au regard de la concurrence déloyale. La notion de résultat du travail doit être comprise de manière large afin d'inclure toutes sortes de produits prêts à être mis sur le marché (S. BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Bundesgesetz gegen des unlauteren Wettbewerb, Stämpfli Handkommentar, Berne 2010, UWG 5 N 23). Indépendamment de leur qualification d'œuvres au sens de la loi sur le droit d'auteur, les ECM sont de tels produits et contiennent les mots de contrôle qui sont nécessaires au décryptage des programmes. Afin de permettre aux utilisateurs de visionner les chaînes cryptées, les ECM ont été diffusés sur le serveur internet, ce qui devrait constituer un procédé technique de reproduction au sens de l'art. 5 let. c LCD (voir PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 9.28). En conséquence, s'il faut suivre l'avis du Tribunal fédéral selon lequel A et B n'ont pas repris le système de cryptage dans son intégralité, les ECM ont, en revanche, été repris par A et B qui les ont chargés sur leur propre serveur pour les diffuser aux utilisateurs du système.

2. Absence de sacrifice correspondant

En second lieu, le Tribunal fédéral écarte, à titre superfétatoire, la condition de l'absence de sacrifice correspondant relative aux émissions diffusées. Afin de juger cette condition délicate, le Tribunal fédéral affirme qu'il convient de comparer les frais concrets et objectivement nécessaires du demandeur et ceux économisés par le défendeur. Pour cela, il faut examiner si le demandeur a déjà amorti ses dépenses au moment de la reprise (consid. 1.6; ATF 131 III 384 ss consid. 4.4.1). Concernant la question de l'amortissement, la jurisprudence récente est confirmée: ce critère détermine la limite temporelle de la protection découlant de l'art. 5 let. c LCD (ATF 134 III 166 ss consid. 4.3; voir CH. LAUX, Remarque à propos de cet arrêt, sic! 2008, 462 ss). En outre, le Tribunal fédéral se dispense de comparer les différents coûts en notant que la décision cantonale ne contient aucun élément relatif à l'amortissement et qu'à ce titre l'art. 5 let. c LCD n'a pas été enfreint (consid. 1.9). S'il est incontesté que le critère factuel de l'amortissement est pertinent afin de pondérer les investissements en présence (FF 1983, 1104; ATF 134 III 166 ss consid. 4.3; 131 III 384 ss consid. 4.4.1), à notre sens, celui-ci ne devrait pas être décisif dans tous les cas et mériterait, d'une manière générale, une définition plus précise.

En l'occurrence, le résultat du travail est un flux d'émissions de télévision (consid. 1.4 et références citées). Au sens de la loi sur la radio et la télévision (LRTV), les émissions sont des parties de programme (art. 2 let. b LRTV) qui sont «offertes en continu et dont le déroulement est programmé [...]» (art. 2 let. a LRTV). Pour un tel produit «continu», un amortissement des dépenses ne sera pas économiquement concevable. La situation est en effet bien différente de celle de l'ATF 134 III 166, dans lequel les frais ont été couverts et les produits ont même été remis gratuitement aux principaux intéressés (consid. 4.2). Le groupe Canal+ génère une grande partie de ses revenus par le biais des abonnements, respectivement des renouvellements d'abonnements à ses chaînes; ces paiements servant précisément à compenser les dépenses quotidiennes d'achat des droits sur des œuvres audiovisuelles ou de production d'émissions. Ainsi, le critère de l'amortissement n'a que peu de sens et il est compréhensible que le Tribunal cantonal l'ait simplement évoqué sans l'analyser plus en détail. En conséquence, par application du critère de l'amortissement à la détermination de la durée de la protection, il ressort que des programmes télévisés devraient être protégés sans limite temporelle par l'art. 5 let. c LCD, du moins tant que ceux-ci sont diffusés en continu.

À propos du système de cryptage dans son intégralité et des ECM, si le Tribunal fédéral avait considéré une reprise de l'un ou de l'autre, la question du sacrifice approprié aurait alors dû faire l'objet d'une analyse détaillée en comparant, d'un côté, les investissements de développement, de commercialisation et de mise à jour du système par Nagravision (y compris les éventuels amortissements), et de l'autre, les dépenses épargnées par A et B en reprenant le système, respectivement les ECM.

IV. Droit pénal (art. 150^{bis} CP)

Dans l'affaire jurassienne «Canal+ I», l'art. 150^{bis} CP, réprimant la fabrication et la mise sur le marché d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés, était également invoqué par Canal+ (TF, sic! 3/2013, 144 ss consid. 2, «Canal+ I»; notons que cette disposition n'a pas été invoquée dans l'affaire vaudoise). La question de la prescription de l'action pénale s'est posée. Celle-ci se prescrit par trois ans (art. 109 CP). Toutefois, en vertu de l'art. 97 al. 3 CP, la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

En l'espèce, le jugement de première instance jurassien a été rendu en date du 10 décembre 2010. X a cessé de vendre des décodeurs en octobre 2007, mais le serveur a été maintenu en état de fonctionnement après cette date, jusqu'en janvier 2008. La Cour cantonale a jugé que la mise à disposition du serveur constituait un acte délictueux, et donc que l'action pénale n'était pas prescrite (TC Jura du 14 juin 2011, Ap 4/11, consid. 6.2). En revanche, le Tribunal fédéral a considéré que la prescription commençait à courir en octobre 2007, soit au moment de la dernière vente des décodeurs modifiés. Par conséquent, l'action pénale était prescrite au moment du jugement du Tribunal de première instance. L'arrêt établit que l'art. 150^{bis} CP sanctionne six comportements différents (fabrication, importation, exportation, transport, mise sur le marché et installation) mais ne sanctionne pas la fourniture d'un service, tel que la mise à disposition d'un serveur internet permettant le décryptage des programmes télévisés (consid. 2.3).

Dans les paragraphes suivants, deux éléments constitutifs de l'art. 150^{bis} CP seront analysés, l'objet de l'infraction (1) et le comportement punissable (2), avant d'examiner la situation de l'utilisateur (3) et d'établir le lien entre l'art. 150^{bis} CP et la protection des mesures techniques de la loi sur le droit d'auteur (4).

1. Objet de l'infraction

Intéressons-nous premièrement à l'équipement permettant le décodage frauduleux. L'arrêt considère, au regard de l'art. 150^{bis} CP, uniquement la situation du décodeur modifié et qualifie la mise à disposition du serveur d'acte «distinct et indépendant» (consid. 2.3). Il est regrettable que, dans ce premier arrêt traitant de cette disposition, le Tribunal fédéral ne se soit pas préoccupé plus en détail de la situation du serveur, en se demandant si un tel dispositif qui permet le décryptage des données par le partage des ECM peut être qualifié d'«appareil» ou de «programme de traitement des données» au sens de l'art. 150^{bis} CP. La réponse devrait être positive, que l'on considère le serveur dans un sens matériel ou immatériel. En tant qu'instrument matériel, le serveur devrait être désigné comme un appareil, l'infraction ayant pour objet n'importe quel dispositif permettant le décryptage frauduleux (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2010, CP 150^{bis} N 2; dans ce sens aussi, G. FOLKA, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., Bâle 2007, StGB 150^{bis} N 21). De plus, un serveur, en tant que logiciel, devrait également être inclus dans la notion de programmes de traitement de données, en suivant l'avis doctrinal que ceux-ci peuvent être appréhendés par l'art. 150^{bis} CP, alors même qu'un décodeur ne serait pas nécessaire (J. HURTADO POZO, Droit pénal, partie spéciale, Genève 2009, N 1337; G. STRATENWERTH/G. JENNY/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 7^{ème} éd., Berne 2010, §16 N 59). Le but de l'art. 150^{bis} CP est de sanctionner les actes constitutifs de l'obtention frauduleuse d'une prestation selon l'art. 150 CP; c'est donc l'instrument qui permet une infraction à l'art. 150 CP qui est visé par l'art. 150^{bis} CP (Message concernant la révision de la loi sur les télécommunications du 10 juin 1996, FF 1996 III 1411; J. REHBERG, Änderungen im Strafgesetzbuch durch das neue Fernmeldegesetz, AJP 1998, 562). Le serveur internet installé chez X joue un rôle central et indispensable dans le système pirate. Le décryptage s'opérait grâce au serveur, qui transmettait les ECM aux utilisateurs. Ceci est étayé par la constatation de fait que certains consommateurs du système n'utilisaient pas les décodeurs fournis par X, mais uniquement le serveur informatique de X (consid. 2.3). A ce titre, le serveur devrait être considéré comme un équipement permettant le décodage frauduleux, au sens de l'art. 150^{bis} CP.

2. Comportement punissable

Deuxièmement, examinons le comportement punissable, difficulté majeure intervenant au niveau de la prescription de l'action pénale. La question délicate est de déterminer si le maintien en ligne du serveur, et donc sa mise à disposition des utilisateurs, est un acte appréhendé par l'art. 150^{bis} CP. Dans une large mesure, la réponse à cette question dépend de la qualification de cette disposition comme délit continu ou comme délit de situation. La Cour cantonale a qualifié l'art. 150^{bis} CP de délit continu (art. 98 let. c CP), en jugeant que le dispositif mis en place par X formait un tout (consid. 2.2; TC Jura du 14 juin 2011, Ap 4/11, consid. 6.2).

D'un côté, selon la position de la Cour cantonale, la prescription ne serait pas acquise. En cas de délit continu, l'infraction est consommée dès que tous ses éléments constitutifs sont réalisés, mais n'est achevée qu'avec la cessation de l'état de fait ou du comportement contraire au droit (à titre d'exemple pour l'infraction de la violation d'une obligation d'entretien, ATF 119 IV 216 = JdT 1995 IV 108 consid. 2f; G. KOLLY, Commentaire Romand, Code pénal I, Bâle 2009, CP 98 N 28). Dans le cas présent, la

désactivation du réseau en janvier 2008 marquerait la fin du comportement délictueux et le point de départ du délai de prescription. Bien que satisfaisante au niveau de la répression pénale, cette position doit être écartée pour cause de violation du principe de la légalité, l'art. 150^{bis} CP visant des comportements déterminés qui ne s'inscrivent pas dans la durée.

D'un autre côté, en s'opposant, à juste titre, à la qualification de délit continu et en optant pour celle de délit de situation, comme le fait implicitement le Tribunal fédéral, la prescription est acquise. Un délit de situation est consommé par l'adoption du comportement délictueux même si les effets perdurent par la suite, le comportement qui vise au maintien de l'état de fait délictueux n'étant pas compris dans les éléments constitutifs de l'infraction (KOLLY, CP 98 N 11, 28). De ce fait, le comportement punissable était uniquement celui d'installer le serveur, et non pas celui de le maintenir accessible. Bien qu'étant la seule position compatible avec la lettre et l'esprit de l'art. 150^{bis} CP, le résultat de celle-ci s'avère peu satisfaisant au regard du rôle central dévolu au serveur internet dans le cas présent. De plus, cette position mène à une situation étonnante, dans laquelle bien qu'un serveur pourvu d'un système de «*card sharing*» soit actif et utilisé, son exploitant serait à l'abri de toutes poursuites pénales pour violation de l'art. 150^{bis} CP, en raison de l'écoulement du délai de prescription de trois ans depuis l'installation du serveur. Cette situation surprend d'autant plus après examen de la position de l'utilisateur de système pirate.

3. Situation de l'utilisateur

Même si l'utilisateur n'est pas la cible principale de la répression pénale en matière de «*card sharing*», celui-ci ne sera pas à l'abri de toute poursuite pénale. L'art. 150 CP réprimant l'obtention frauduleuse d'une prestation comprend, comme cas typique, la réception non autorisée d'une émission de télévision par abonnement (FF 1996 III 1411; ATF 114 III 113 ss consid. 2; CORBOZ, CP 150 N 31). La comparaison des deux dispositions dans un même complexe de faits, l'art. 150 CP pour l'utilisateur du système de décryptage et l'art. 150^{bis} CP pour l'exploitant du système, suscite des interrogations. L'art. 150 CP, au contraire de l'art. 150^{bis} CP, n'est pas une simple contravention. Dans la mesure où la valeur seuil de dépenalisation de l'art. 172^{ter} al. 1 CP sera généralement dépassée – en l'espèce, le coût de l'abonnement de maintenance pour accéder au système pirate s'élevait à 350 francs par année – il s'agira d'un délit. Ainsi, la répression sera plus sévère pour celui qui utilise un décodeur pirate que pour celui qui élabore et commercialise le système de décryptage. Au niveau du délai de prescription notamment, la différence est flagrante: de trois ans pour l'acte du fabricant (art. 109 CP) à sept ans pour celui du téléspectateur fraudeur (art. 97 al. 1 let. c CP).

4. Art. 150^{bis} CP et protection des mesures techniques

La divergence entre l'art. 150 CP et l'art. 150^{bis} CP doit toutefois être relativisée depuis l'entrée en vigueur des dispositions sur la protection des mesures techniques le 1^{er} juillet 2008. Bien que soumis à une peine menaçant moins élevée que l'art. 150 CP (un an contre trois ans de peine privative de liberté), l'art. 69a al. 2 LDA, applicable uniquement à celui qui agit par métier, est un délit et, à ce titre, offre un délai de prescription de sept ans (art. 97 al. 1 let. c CP). Notons enfin que le champ d'application des dispositions protégeant les mesures techniques est considérablement plus large que celui de l'art. 150^{bis} CP, en réprimant, en particulier, celui qui fournit des services principalement dans le but de permettre le contournement des mesures techniques efficaces (art. 39a al. 3 let. c et 69b al. 1 let. b ch. 3 LDA), soit précisément l'acte de maintenir accessible un serveur permettant le décryptage d'émissions télévisées.

V. Conclusion

En conclusion, le résultat de ces premiers cas de «*card sharing*» en Suisse est pour le moins surprenant. Les exploitants des systèmes frauduleux sont libérés de toute infraction et les affaires sont renvoyées à l'autorité cantonale afin qu'elle statue à nouveau sur les prétentions civiles.

Il est regrettable que les questions du logiciel de cryptage et celle des ECM, qui auraient pu avoir une influence considérable sur le résultat des jugements, au niveau du droit d'auteur, respectivement de la concurrence déloyale, n'aient pas été traitées par le Tribunal fédéral. L'issue de ces arrêts démontre la présence d'un vide juridique, qui a depuis lors été comblé par l'adoption des dispositions sur la protection des mesures techniques dans la loi sur le droit d'auteur.

Résumé

La protection du droit d'auteur n'a été abordée de façon exhaustive par le Tribunal fédéral qu'en relation avec le contenu des programmes diffusés par Canal+. Les droits exclusifs de retransmission (art. 10 al. 2 let. e LDA) et de faire voir ou entendre une œuvre (art. 10 al. 2 let. f LDA) ont été justement appliqués. En revanche, une remarque s'impose concernant la définition du droit exclusif de diffusion (art. 10 al. 2 let. d LDA): la condition qui impose que la transmission d'une œuvre sur internet ne constitue une diffusion que si elle est accessoire à une diffusion «conventionnelle» – même si elle remplit les autres conditions, notamment d'être transmise en flux continu, de façon linéaire – doit être abandonnée.

La question de la protection du logiciel de cryptage ou des ECM en tant qu'œuvres n'a pas été traitée dans ces affaires. Au terme de notre analyse, nous concluons que les ECM ne sont pas suffisamment individuels pour obtenir la protection du droit d'auteur. Par ailleurs, la violation du droit d'auteur portant sur le logiciel de cryptage aurait pu être admise, suite à la violation des conditions générales d'abonnement à Canal+, si un lien plus étroit avait existé entre les termes du contrat et la violation d'un droit exclusif d'auteur.

Concernant la concurrence déloyale, le Tribunal fédéral a décidé que l'art. 5 let. c LCD ne s'appliquait pas au système de «card sharing», la condition de la reprise des émissions diffusées n'étant pas remplie. La question pertinente de la reprise des ECM, qui aurait pu être admise, n'a toutefois pas été considérée pour cause d'irrecevabilité. De plus, il est confirmé que le critère de l'amortissement, bien qu'ayant peu de sens dans le cas d'émissions télévisées diffusées en continu, doit s'appliquer dans tous les cas afin de juger du sacrifice correspondant et de limiter temporellement la protection de l'art. 5 let. c LCD.

Le Tribunal fédéral examine les éléments constitutifs de l'art. 150^{bis} CP sous l'angle du grief de la prescription de l'action pénale. Le décodeur est considéré comme objet de l'infraction. Cela doit également être le cas pour le serveur internet qui partage les ECM nécessaires au décryptage des programmes télévisés. L'art. 150^{bis} CP apparaît comme une disposition peu satisfaisante afin de condamner les systèmes de «card sharing» au regard des comportements réprimés. Une divergence dans la répression pénale est également notée entre cette disposition et l'art. 150 CP, applicable à l'utilisateur du système.

Zusammenfassung

Der Schutz des Urheberrechts wurde vom Bundesgericht ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Inhalt des durch Canal+ ausgestrahlten Programms abschliessend beurteilt. Die ausschliesslichen Rechte der Weitersendung (Art. 10 Abs. 2 lit. e URG) und der Wahrnehmbarmachung eines Werks (Art. 10 Abs. 2 lit. f URG) wurden korrekt angewendet. Eine Bemerkung drängt sich hingegen im Zusammenhang mit dem ausschliesslichen Recht zur Ausstrahlung (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG) auf: Die Bedingung, wonach die Ausstrahlung eines Werks über das Internet nur dann eine Ausstrahlung darstellt, wenn sie zusätzlich zu einer «üblichen» Ausstrahlung stattfindet – auch wenn sie die übrigen Bedingungen und insbesondere jene der Ausstrahlung in einem kontinuierlichen Datenstrom erfüllt – ist nicht vertretbar.

Die Frage des Schutzes des Verschlüsselungsprogramms und der ECM als Werk wurde vorliegend nicht geprüft. Nach genauer Prüfung kommen wir zum Schluss, dass die ECM keinen genügenden individuellen Charakter aufweisen, um Urheberrechtsschutz zu geniessen. Im Übrigen hätte die im Zusammenhang mit dem Verschlüsselungsprogramm vorliegende Urheberrechtsverletzung aufgrund der Missachtung der für die Abonnemente bei Canal+ geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen bejaht werden können, wenn zwischen dem Wortlaut des Vertrags und der Verletzung eines ausschliesslichen Rechts des Urhebers ein engerer Zusammenhang bestanden hätte.

Was den unlauteren Wettbewerb betrifft, hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 5 lit. c UWG nicht auf Card Sharing anwendbar ist, da die Bedingung der Übernahme der übertragenen Sendungen nicht gegeben sei. Auf die Frage der Übernahme der ECM, die in diesem Fall hätte bejaht werden

können, wurde wegen Unzulässigkeit nicht eingegangen. Ausserdem wurde bestätigt, dass das Kriterium der Amortisierung, obwohl es im Zusammenhang mit ununterbrochen ausgestrahlten TV-Programmen wenig Sinn macht, in jedem Fall angewendet werden muss, um die aufgebrachten Investitionen beurteilen zu können und vorübergehend den Schutz durch Art. 5 lit. c UWG einzuschränken.

Das Bundesgericht hat den Tatbestand des Art. 150^{bis} StGB mit Blick auf die Verjährung der Widerhandlung geprüft. Der Dekoder wurde als Gegenstand der Widerhandlung betrachtet. Dies sollte jedoch auch für den Internetserver gelten, welcher die zur Verschlüsselung von TV-Programmen nötigen ECM teilt. Art. 150^{bis} StGB vermag für die Verurteilung der Card-Sharing-Systeme bezüglich der strafbaren Handlungen kaum zu befriedigen. Eine Divergenz in der strafrechtlichen Beurteilung kann auch zwischen dieser Bestimmung und Art. 150 StGB festgestellt werden, welcher im Zusammenhang mit dem Verwender des Systems Anwendung findet.