

Lutte contre la piraterie et mesures de blocage d'accès

IVAN CHERPILLOD*

L'avant-projet de révision de la LDA prévoyait la possibilité, à titre de mesure contre la piraterie d'œuvres et de prestations protégées, de bloquer l'accès à certains sites Internet. Ce point n'a pas été repris dans le projet du Conseil fédéral. Pourtant, ces mesures de blocage font partie de l'arsenal juridique pour lutter contre la piraterie à large échelle et à ce titre, elles doivent trouver leur place dans toute législation moderne sur le droit d'auteur.

Der Vorentwurf zur Revision des URG sah als Massnahme gegen die Piraterie von Werken und geschützten Darbietungen die Möglichkeit vor, den Zugang zu bestimmten Internetseiten zu sperren. Dieser Punkt wurde nicht in den Entwurf des Bundesrats übernommen. Indessen stellen solche Massnahmen ein wichtiges rechtliches Mittel zur breiten Bekämpfung der Piraterie dar, weshalb sie Eingang in jede moderne Urheberrechtsgesetzgebung finden sollten.

- I. Introduction
 - II. L'efficacité des mesures de blocage d'accès
 - III. Le droit d'auteur: protection constitutionnelle et engagements internationaux de la Suisse
 - 1. La protection constitutionnelle
 - 2. Les engagements internationaux
 - IV. Incohérence des mesures de blocage avec l'exception en faveur de l'usage privé?
 - V. Mesures de blocage et responsabilité des FAI
 - VI. L'avant-projet d'art. 66d LDA
 - VII. Subsidiarité de la mesure?
 - VIII. Les coûts des mesures
 - IX. Conclusions
- Résumé / Zusammenfassung

I. Introduction

L'art. 66d de l'avant-projet de révision de la LDA, du 11 décembre 2015 (AP-LDA), prévoyait d'accorder à l'IPI la faculté d'ordonner des mesures de blocage d'accès à des offres pirates sur Internet, lorsque ces offres émanent de fournisseurs de services de communication dérivés qui ont leur siège à l'étranger (ou qui dissimulent leur siège), en bref.

Dans les pays qui nous entourent, et dans bien d'autres encore, de telles mesures peuvent être ordonnées¹. Elles font partie de l'arsenal juridique pour lutter contre la piraterie à large échelle.

Techniquement, en résumé, de telles mesures peuvent consister dans le blocage d'une adresse IP ou d'un *Domain Name System* (DNS), ou encore dans l'utilisation de serveurs *proxy* (avec redirection sur une autre page informant que l'accès au site est bloqué)². Ces mesures peuvent être prises par les fournisseurs d'accès Internet (FAI). De la sorte, l'accès à un site par son adresse IP ou par son nom de domaine Internet peut être bloqué.

Selon ce que prévoyait l'art. 66d AP-LDA, c'est l'IPI qui aurait pu décider de mettre certains sites sur une liste des offres bloquées, et les FAI auraient été chargés de mettre en place le blocage. Le commentaire de l'AP-LDA mentionnait à juste titre que de telles mesures devaient rester exceptionnelles³. Il ne s'agit nullement de bloquer l'accès à certains sites dès qu'ils permettraient de voir ou d'entendre

* Avocat, Lausanne, prof. UniL.

¹ N. CORY, How Website Blocking Is Curbing Digital Piracy Without «Breaking the Internet», ITIF 2016, <www2.itif.org/2016-website-blocking.pdf>, 13.

² Voir le panorama des mesures envisageables dans F. THOUVENIN/B. STILLER/P. HETTICH/T. BOCEK/K. REUTIMANN, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, sic! 2017, 705 ss (cité THOUVENIN ET AL.) et dans CORY (n. 1), 8 ss.

³ Commentaire explicatif de l'AP-LDA du 11 décembre 2015, 73.

quelques œuvres protégées en violation du droit d'auteur. Elles doivent être réservées aux cas graves, de piraterie massive, comme on en a connu avec The Pirate Bay ou MegaUpload, p.ex. On pense tout particulièrement aux cas dans lesquels les fournisseurs de telles offres ne respectent délibérément pas les règles du droit d'auteur, compliquent les poursuites civiles qui pourraient être dirigées contre eux, en dissimulant leur identité, voire en s'établissant des pays qui ne protègent pas (ou pas suffisamment) les droits des auteurs, et surtout mettent à disposition, pour l'écoute, le visionnement ou le téléchargement quantité d'œuvres et de prestations sans autorisation.

Dans le projet du Conseil fédéral⁴, cette mesure a disparu suite à la procédure de consultation. Le Groupe AGUR 12 en avait cependant recommandé l'instauration, tout en relevant à juste titre qu'il s'agissait d'une mesure d'exception. Manifestement, les FAI n'en ont pas voulu, craignant sans doute des surcoûts inutiles. Il est probable aussi qu'ils s'y opposent pour des raisons de principe: ils ne se considèrent pas comme responsables des contenus mis en ligne – ce qui est légitime – mais en tirent la conclusion erronée qu'ils ne devraient pas être mis à contribution dans la lutte contre la propagation d'offres pirates. Comme on le verra, il convient cependant de distinguer entre la question de la responsabilité (civile ou pénale) des FAI et celle de leur participation à la lutte contre le piratage.

II. L'efficacité des mesures de blocage d'accès

Il ne fait guère de doute que les mesures de blocage d'accès peuvent être contournées: le recours à des outils d'anonymisation ou à un réseau privé virtuel (VPN), en particulier, permet d'échapper au blocage⁵.

Toutefois, il ne s'agit pas de savoir si le blocage d'accès est techniquement efficace, mais de vérifier s'il produit les effets désirés. Or, tel est bien le cas. Selon une étude conduite en 2014 au Royaume-Uni, le blocage d'une cinquantaine de sites pirates avait fait diminuer le nombre de visites de ces sites de 90%, sans que cela n'augmente la fréquentation d'autres sites pirates non bloqués⁶. D'autres études font état de chiffres selon lesquels les visites baissent d'environ 70%⁷. THOUVENIN ET AL.⁸ rapportent d'ailleurs que des études conduites à l'étranger ont montré que les blocages d'accès sont efficaces, car ils modifient le comportement de la très grande majorité des usagers.

THOUVENIN ET AL.⁹ émettent toutefois l'hypothèse selon laquelle ces mesures pourraient avoir un moindre effet en Suisse, au motif que l'exception en faveur de l'usage privé s'applique aussi à la copie privée à partir d'une source illicite, contrairement à la solution qui prévaut en Europe¹⁰. Cette hypothèse relève cependant de la pure spéculation. Sans doute la possibilité d'être la cible d'actions civiles voire pénales peut-elle avoir un effet dissuasif. Mais cet effet dissuasif des sanctions ne doit pas être surestimé: s'il était réel, les consommateurs européens devraient se détourner des sites pirates de leur propre mouvement, sans qu'il faille mettre en place des blocages d'accès, puisqu'en Europe, l'exception de copie privée ne s'applique pas à la copie à partir de sources illicites, et que les consommateurs qui fréquentent les sites pirates s'exposent à des sanctions civiles, voire pénales!

On peut même au contraire en tirer la conclusion qu'en Suisse, les mesures de blocage d'accès sont d'autant plus nécessaires: puisque l'exception en faveur de la copie privée s'applique aussi aux contenus illicitement mis en ligne, les consommateurs pourraient être tentés de se tourner vers les sites pirates puisqu'ils n'encourent pas de sanctions, au contraire de ce qui se passe en Europe. Pour éviter la dissémination de contenus pirates en Suisse, il serait donc d'autant plus justifié de prévoir la possibilité de bloquer certains sites.

Il est vrai que les mesures de blocage peuvent être contournées sans grandes difficultés. Selon les études précitées toutefois¹¹, les usagers sont peu nombreux à recourir à des moyens de contourner les blocages, du moins lorsque les mesures de blocage portent sur les sites pirates les plus populaires (et non sur un seul) et qu'il existe une alternative grâce à une offre variée de sources licites. On

⁴ FF 2018, 655 ss.

⁵ Cf. sur ce point THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 707 s.

⁶ CORY (n. 1), 13 ss, spéc. 15.

⁷ Ainsi au Portugal: <www.incoproip.com/wp-content/uploads/2017/07/Site-Blocking-and-Piracy-Landscape-in-Portugal-FINAL.pdf>.

⁸ THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 714.

⁹ THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 714.

¹⁰ CJUE, aff. C-435/12, «ACI Adam».

¹¹ CORY (n. 1), 15.

a déjà mentionné qu'en Europe, les mesures de blocage ont amené une très grande majorité d'usagers à se détourner des sites pirates, et donc qu'elles modifient leur comportement.

On peut en tirer plusieurs conclusions:

- tout d'abord, ces mesures de blocage sont plus efficaces que l'éventuel effet dissuasif des sanctions civiles ou pénales (dans les pays qui ne permettent pas la copie privée à partir de sources illicites);
- ensuite, et pour autant qu'il existe des offres alternatives licites, ces mesures amènent les consommateurs à se tourner vers de telles offres, et ce en dépit de la relative facilité de contourner les blocages;
- enfin, les consommateurs ne recourent pas volontiers aux moyens de contourner les mesures de blocage d'accès.

On peut risquer l'hypothèse selon laquelle les usagers se sentent en droit de consommer des œuvres qui sont librement accessibles à tout un chacun, même s'ils éprouvent des doutes quant à la légalité de l'offre. En revanche, ils rechignent à recourir à des sites permettant l'anonymat ou à d'autres moyens de contournement des blocages. Dans la psychologie du consommateur, si un contenu est accessible à quiconque, il est probablement considéré comme librement utilisable; si en revanche son accès est protégé ou bloqué, et s'il faut recourir à des moyens de contournement de mesures de protection ou de blocage, l'utilisateur aura plus facilement l'impression de procéder à une sorte d'effraction. Dès lors, et s'il existe une variété suffisante d'offres de contenus licites, les utilisateurs ne cherchent pas, dans leur grande majorité, à contourner des blocages d'accès¹².

III. Le droit d'auteur: protection constitutionnelle et engagements internationaux de la Suisse

1. La protection constitutionnelle

Sur le plan constitutionnel, le droit d'auteur bénéficie de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)¹³. S'il est vrai qu'en légiférant sur le droit d'auteur, le législateur doit tenir compte des autres libertés constitutionnelles, il serait erroné d'analyser les effets des mesures de blocage d'accès sous le seul angle de la liberté d'information et de la liberté des médias. Il appartient au législateur de prendre en considération les diverses garanties et libertés constitutionnelles (garantie de la propriété, liberté d'information et la liberté des médias, notamment) sans privilégier l'une au détriment de l'autre.

2. Les engagements internationaux

Les conventions internationales en matière de droit d'auteur obligent la Suisse à accorder certains droits exclusifs (notamment le droit exclusif de reproduire l'œuvre et le droit exclusif de la communiquer au public, y compris par la mise à la disposition «de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée»¹⁴). Ces droits couvrent en particulier la mise en ligne de contenus protégés.

Le WCT ajoute que «les Parties contractantes feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits prévus par le présent traité, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte à ces droits, y compris des mesures propres à prévenir rapidement toute atteinte et des mesures propres à éviter toute atteinte ultérieure» (art. 14 al. 2 WCT) et l'art. 23 al. 2 WPPT comporte une disposition identique. L'art. 41 ADPIC prévoyait déjà cette obligation¹⁵.

¹² C'est ce que retenait le commentaire de l'AP-LDA: «Indiqués pour entraver la recherche de contenus illicites, les blocages de l'accès aux offres constituent un moyen efficace pour lutter contre le piratage dès lors qu'il existe des alternatives légales attractives».

¹³ ATF 140 III 297 consid. 5.1, avec d'autres références.

¹⁴ Art. 8 WCT. Cf. ég. art. 10 et 14 WPPT, pour les droits des interprètes et des producteurs de phonogrammes.

¹⁵ Les art. 14 al. 2 WCT et 23 al. 2 WPPT reprennent, pour les droits prévus par ces conventions, l'obligation générale prévue à l'art. 41 ADPIC, qui oblige les États membres à faire en sorte que leur législation comporte des procédures propres à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle visés par l'Accord, «y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure».

Même si les engagements internationaux de la Suisse ne prévoient pas spécifiquement d'obligation d'instituer des mesures de blocage d'accès pour lutter contre la piraterie, ils l'obligent à mettre en place des procédures propres à permettre la cessation d'actes qui porteraient atteinte aux droits qu'ils instituent en faveur des auteurs et des autres ayants droit, y compris par des mesures rapides. Les législateurs nationaux bénéficient certes d'une certaine flexibilité pour concrétiser ces engagements, mais ils doivent néanmoins veiller à ce que les moyens de faire respecter la protection des droits d'auteur et des droits voisins soient efficaces.

En soi et d'une manière générale, les moyens mis en place en droit suisse pour faire respecter le droit d'auteur répondent aux exigences du droit international. Toutefois, si le législateur helvétique renonçait à instaurer certains moyens de lutte contre le piratage numérique à large échelle, on devrait inévitablement se demander si la Suisse offre encore un niveau de protection suffisant en la matière: par hypothèse, rien ne permettrait de bloquer l'accès en Suisse à des offres illégales hébergées à l'étranger. On pourrait donc se trouver dans une situation où l'accès à ces offres serait bloqué dans tous les pays qui nous entourent¹⁶, mais non en Suisse, où elles seraient librement accessibles. S'agissant d'offres manifestement illégales, portant sur de très nombreux contenus protégés, la position de la Suisse ne manquerait pas d'attirer les critiques: sa législation serait perçue comme lacunaire, faute de moyens permettant d'endiguer l'offre de contenus pirates, en tout cas lorsqu'il s'agit de piraterie à large échelle, donnant accès à de nombreux contenus en violation des droits reconnus aux auteurs et aux autres ayants droit.

À cela s'ajoute que l'exception de copie privée peut être invoquée par celui qui reproduit des œuvres pour son usage privé et, en Suisse, même lorsque la reproduction est effectuée à partir d'une source illicite (on reviendra ci-après sur ce point). En cela, la Suisse se singularise sur le plan européen: de son côté, la CJUE a décidé que l'exception de copie privée ne permet pas la copie à partir de sources illicites¹⁷. Ainsi, le fait de permettre la reproduction à des fins privées même à partir de sources illicites pourrait désormais apparaître comme une particularité suisse. Si, en plus, la Suisse ne devait pas fournir les moyens propres à bloquer l'accès aux offres pirates, on se trouverait dans cette situation où il serait loisible à chacun d'y accéder, avec même le droit de faire des copies pour ses proches et ses amis! Dans un tel cas de figure, et puisque rien ne pourrait être entrepris en Suisse à l'encontre de ces offres pirates (du moins lorsqu'elles émanent de fournisseurs à l'étranger), et qu'aucune action ne pourrait être dirigée contre ceux qui en profiteraient, la loi suisse serait certainement vue comme étant insuffisante.

IV. Incohérence des mesures de blocage avec l'exception en faveur de l'usage privé?

Lors de la révision de 2007, le législateur helvétique a refusé d'insérer une disposition qui n'aurait pas autorisé les copies privées réalisées à partir de sources illicites¹⁸. Il est donc indiscutable que la copie privée demeure permise même lorsqu'elle est effectuée à partir d'un contenu qui a été mis en ligne sans l'autorisation des ayants droit.

Il faut néanmoins rappeler que la raison d'être de l'exception en faveur de la copie privée réside dans la protection de la sphère privée: il s'agit d'éviter que des mesures policières ne puissent être prises à raison d'actes qui n'ont pas de portée en dehors du cercle privé¹⁹. On peut aussi considérer cette exception comme étant l'expression d'un certain pragmatisme: l'interdiction de telles copies serait difficile, sinon impossible à faire respecter, à moins d'user de moyens qui précisément pourraient causer une atteinte disproportionnée à la sphère privée des usagers. L'exception en faveur de l'usage privé ne doit donc pas être vue comme un droit du consommateur: il s'agit d'une exception, non d'un droit. En soi, le consommateur n'a pas de droit à la copie d'œuvres protégées, et encore moins de reproduire des contenus pirates ou d'accéder à des contenus qui ont été mis en ligne illégalement. L'exception de copie privée n'est que le résultat d'une balance des intérêts entre la protection des auteurs et

¹⁶ CORY (n. 1), 13.

¹⁷ CJUE, aff. C-435/12, «ACI Adam».

¹⁸ Bull. CN 2007, 1202. Cf. ég. Message, FF 2006, 3302.

¹⁹ Voir l'opinion du Conseil fédéral à propos des mesures techniques de protection dans FF 2006, 3299: le but poursuivi par l'exception de copie privée tient dans la protection de la sphère privée de l'utilisateur. Peu importe par conséquent que des mesures techniques de protection empêchent des copies qui seraient permises par l'exception en faveur de l'usage privé. Cf. aussi BGH, GRUR 1965, 104 «Personalausweise» au sujet d'une éventuelle obligation des revendeurs de magnétoscopes de divulguer l'identité de leurs acheteurs.

celle de la sphère privée. Par conséquent, elle ne doit pas être sacralisée comme s'il s'agissait d'un droit du consommateur lui permettant de copier tout ce qui lui est accessible.

Il n'existe ainsi aucune incohérence entre l'instauration de mesures de blocage d'accès et l'exception en faveur de la copie privée: le législateur peut fort bien prévoir la possibilité de requérir de telles mesures auprès des FAI, pour lutter contre la dissémination de contenus pirates, et maintenir une exception en faveur de la copie privée, pour préserver la sphère privée de l'utilisateur. Le but des mesures de blocage d'accès n'est d'ailleurs pas de limiter les copies privées mais de lutter contre le piratage à large échelle, en intervenant auprès des acteurs de l'ultime étape de la transmission des contenus, à savoir les FAI.

Il est vrai que les mesures de blocage d'accès ont notamment pour effet d'empêcher les utilisateurs finaux d'accomplir des actes qu'ils sont en droit de faire au regard de la loi suisse sur le droit d'auteur. Mais ce ne peut être un argument pour renoncer à l'introduction de telles mesures. La simple lecture d'une œuvre, p.ex., ne tombe pas sous le coup d'un droit exclusif, même si elle est faite à partir d'un exemplaire illicitement mis en circulation²⁰. Personne n'a jamais soutenu qu'il faudrait renoncer à lutter contre la mise en circulation de copies pirates au motif que cela empêcherait le lecteur de telles copies de faire un acte qui est permis par la loi! Et ce qui vaut pour les mesures propres à endiguer la contrefaçon vaut aussi pour celles qui permettent de lutter contre le piratage par Internet.

D'ailleurs, même si l'on devait considérer que la copie privée de contenus illégalement mis à disposition relève d'un droit fondamental du consommateur (ce que personne ne semble soutenir véritablement), les offres de contenus pirates, elles, demeurent illégales – et il est nécessaire qu'elles puissent être combattues par les moyens à disposition. Il n'y a pas de contradiction entre l'exception de copie privée et la lutte contre le piratage. Et le fait même que le droit suisse permette la copie privée de contenus illégalement mis à disposition rend d'autant plus nécessaire les mesures propres à endiguer le piratage, pour les raisons que l'on a déjà évoquées.

De même, le fait qu'en Suisse, une rémunération soit perçue en contrepartie de la copie privée, y compris pour les reproductions faites à partir de sources illicites, n'entre pas en contradiction avec les mesures de blocage d'accès: cette rémunération constitue une compensation en faveur des ayants droit, qui ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits lorsque les utilisations ont lieu dans un cercle privé. Une telle rémunération s'impose d'autant plus lorsque, comme en Suisse, les copies privées peuvent être effectuées à partir de sources illicites. Mais on ne peut déduire de l'existence de cette rémunération que les utilisateurs auraient en quelque sorte un droit ou un intérêt protégé à pouvoir accéder à des offres illicites: ces offres restent illicites, et le législateur doit mettre en place les mesures idoines pour les combattre.

V. Mesures de blocage et responsabilité des FAI

THOUVENIN ET AL. considèrent que le fait d'obliger les FAI à bloquer certains sites pirates serait en contradiction avec les principes classiques du droit de la responsabilité civile, car les FAI ne peuvent être tenus pour responsables d'une violation du droit d'auteur que s'ils participent à l'acte par lequel la violation intervient. On verra par la suite que la position des fournisseurs d'accès ne les met pas à l'abri d'une action en abstention ou en cessation du trouble. Mais surtout, la question n'est pas de savoir si des mesures de blocage d'accès doivent dépendre d'une responsabilité civile des FAI.

De quoi parle-t-on? Il ne s'agit pas de déterminer les conditions auxquelles des actions civiles en cessation du trouble, voire en dommages-intérêts ou en délivrance du gain pourraient être dirigées contre les FAI à raison de violations du droit d'auteur commises par des tiers. Il s'agit des conditions auxquelles, à titre exceptionnel et lorsque la mesure paraît justifiée par l'importance des intérêts lésés, des FAI pourraient être tenus de mettre en place des mesures de blocage de certaines offres en contenus illégaux (essentiellement des mesures de verrouillage des adresses IP ou DNS, sans préjudice d'autres mesures qui seraient techniquement réalisables). On parle ici de mesures propres à endiguer le piratage à grande échelle, tel qu'on l'a connu avec The Pirate Bay ou MegaUpload p.ex. La question est donc de savoir si l'on veut se donner les moyens de lutter contre la dissémination de contenus illicitement mis en ligne par des tiers qui en tirent généralement des profits colossaux, qui vont souvent jusqu'à encourager la mise en partage illicite de contenus protégés par le droit d'auteur, voire qui

²⁰ Il s'agit d'un acte par lequel le lecteur ne fait que jouir de l'œuvre (*Werkgenuss*) et non d'un acte d'exploitation de l'œuvre qui serait réservé à l'auteur.

cherchent à dissimuler leur identité et la localisation de leurs serveurs, pour rendre plus difficile la poursuite civile ou pénale à leur rencontre.

Ainsi, l'objection selon laquelle les FAI ne participent pas aux violations commises par des tiers place le débat sur un mauvais terrain, à savoir celui de leur responsabilité civile. Une fois encore, il ne s'agit pas ici de déterminer les conditions auxquelles les FAI auraient la qualité pour défendre à une action civile qui leur serait intentée au titre de la participation à une violation du droit d'auteur commise par des tiers. Le véritable objet du débat est celui de savoir si une législation moderne sur le droit d'auteur doit prévoir la possibilité d'exiger des mesures de blocage de la part des FAI, lorsque de telles mesures paraissent à la fois nécessaires et proportionnées pour protéger les intérêts des auteurs et des autres ayants droit, tout en tenant compte des intérêts des usagers (risque d'*overblocking*) et des FAI (faisabilité et coût des mesures).

Il est d'ailleurs rappelé que des mesures de blocage sont déjà prévues en droit suisse (art. 86 de la loi sur les jeux d'argent, projet de révision de la loi sur les télécommunications) sans que cela ne paraisse en contradiction avec les principes classiques du droit de la responsabilité civile.

D'ailleurs, s'il avait fallu toujours s'en tenir aux principes classiques de la responsabilité civile et pénale en matière de protection de la propriété intellectuelle, il n'aurait pas été possible d'instituer la procédure d'intervention de l'Administration des douanes, par exemple²¹.

Au demeurant, les principes classiques de la responsabilité civile ont été élaborés avant l'ère numérique. On ne voit guère pourquoi il faudrait s'y tenir au moment d'élaborer une législation moderne sur le droit d'auteur: à l'ère d'Internet, il est certainement nécessaire de procéder à certaines adaptations législatives et le Parlement se doit d'adopter des mesures qui constituent une réponse au problème du piratage endémique, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de mesures qui ont déjà fait leurs preuves, et qui ont été mises en place notamment dans tous les pays qui nous entourent (plus de 25 pays les appliquent²²). En refusant d'adopter de telles mesures, la Suisse se singulariserait encore davantage sur le plan international²³.

Enfin, à supposer même que le législateur doive s'en tenir aux dogmes de la responsabilité civile, il est loin d'être certain que les FAI seraient à l'abri d'une action en cessation du trouble.

Tout d'abord, l'art. 50 CO ne traite que des conditions de la réparation du dommage. L'exigence de faute que pose cette disposition est propre à l'action en dommages-intérêts. En revanche, et quel que soit l'issue du débat doctrinal sur l'application de l'art. 50 CO ou de l'art. 28 CC²⁴ aux conditions auxquelles un participant à une violation d'un droit de propriété intellectuelle peut en être tenu pour responsable, il a toujours été admis que les actions en abstention et en cessation du trouble pouvaient être intentées contre tout participant, indépendamment de toute faute de sa part²⁵. Même si les FAI aimeraient pouvoir se présenter comme de simples auxiliaires de l'utilisateur qui est leur client, il n'en demeure pas moins qu'ils jouent un rôle causal dans la dissémination de contenus pirates. Leur rôle est double: d'une part, ils donnent accès à Internet à leurs clients et acheminent les paquets d'informations en provenance de tiers vers leurs clients, d'autre part²⁶. Il n'est donc pas *a priori* exclu qu'une action en cessation du trouble puisse être dirigée contre des FAI.

Il est vrai qu'une telle action poserait plusieurs problèmes. En particulier, le droit suisse conçoit la participation comme étant accessoire à un acte principal²⁷. Comme le texte des art. 9 al. 2 LDes et 66

²¹ THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 718 n. 92, admettent d'ailleurs que l'intervention de l'Administration des douanes déroge dans une certaine mesure au dogme classique de la responsabilité civile en droit d'auteur.

²² CORY (n. 1), 13.

²³ THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 720, relèvent d'ailleurs que les États-Unis ont estimé que la Suisse constitue un pays dans lequel le piratage n'est pas suffisamment combattu.

²⁴ Sur ce débat, cf. surtout F. SCHMID-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, sic! 2017, 451 ss.

²⁵ ATF 107 II 82 (qui se réfère cependant à l'art. 50 CO, alors que cette disposition ne traite que de l'action en dommages-intérêts et des conditions de la solidarité): radiodiffusion par câble en violation du droit d'auteur, admission des conclusions en cessation du trouble contre l'entreprise des PTT, considérée comme un participant du fait que la violation pouvait être commise seulement grâce au réseau de câbles que les PTT mettaient à disposition du câblodistributeur; A. HESS-BLUMER, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2003, 99, avec encore d'autres références.

²⁶ Même avis: Y. BENHAMOU, Blocage de sites web en droit suisse: des injonctions civiles et administratives au blocage pénal, Expert Focus, 2017, n° 8, 524 ss, accessible sur archive-ouverte.unige.ch.

²⁷ Il ne connaît pas la *Störerhaftung* du droit allemand, en particulier.

lit. d LBI le montre, il s'agit uniquement de viser les formes de participation à un acte (principal) d'utilisation illicite; en ce sens, il s'agit d'actes (de participation) accessoires, qui supposent l'existence d'un acte principal ou, pour l'admission d'une action en abstention, la menace sérieuse d'un tel acte²⁸. Une action en abstention ou en cessation du trouble doit donc toujours viser des actes qu'un auteur principal commet ou est sur le point de commettre. En outre, lorsqu'une prestation peut servir à des fins aussi bien licites qu'illicites, la jurisprudence considère que le fournisseur ne se rend civilement responsable que s'il sait ou devait savoir que les moyens qu'il offre ou qu'il livre sont propres à être employés pour l'utilisation du bien immatériel protégé, et qu'ils sont destinés à un tel usage par l'acquéreur²⁹. On doit néanmoins se demander si le critère de la faute («sait ou devait savoir») peut faire partie des conditions d'une action en abstention ou en cessation du trouble alors que tel n'est normalement pas le cas³⁰. Il existe d'ailleurs un débat doctrinal à ce sujet. Ainsi, on rencontre l'opinion selon laquelle la participation à un acte illicite ne dépend pas de l'exigence d'une faute, mais seulement de l'existence d'une relation de causalité entre le comportement illicite du participant et la violation, du moins pour les actions en abstention et en cessation du trouble³¹. Et en application de l'art. 28 CC, le TF a déjà eu l'occasion de préciser que possède la légitimation passive quiconque a de près ou de loin objectivement joué un rôle, fût-il mineur, lors de la réalisation ou de la dissémination de l'atteinte³². Or les FAI jouent aussi un rôle dans la dissémination de contenus illicites. Par conséquent, on ne saurait affirmer sans autre que les FAI ne pourraient jamais être considérés comme des participants à des actes de violation du droit d'auteur.

Quoi qu'il en soit, il est rappelé que la question n'est pas de savoir si les FAI seraient civilement responsables de violations commises par des tiers: s'agissant des mesures de blocage d'accès, il convient seulement de voir si le législateur peut, voire doit instituer la possibilité de requérir de telles mesures lorsqu'elles sont nécessaires pour lutter contre le piratage à large échelle. Or la réponse à cette question ne dépend nullement du point de savoir si ces mesures font partie de l'arsenal classique de la responsabilité civile.

VI. L'avant-projet d'art. 66d LDA

L'AP-LDA prévoyait à son art. 66d que l'IPI aurait pu ordonner «le blocage d'une offre en l'inscrivant sur une liste des offres dont il faut bloquer l'accès (liste des offres bloquées), lorsque la personne qui subit une violation rend vraisemblable que les conditions suivantes sont remplies:

- a. l'offre est consultable en Suisse;
- b. l'offre rend l'œuvre ou un autre objet protégé accessible de manière manifestement illicite en vertu de la présente loi;

²⁸ ATF 129 III 588 consid. 4.1; HESS-BLUMER (n. 25), 98, signale quelques opinions contraires, mais relève que la grande majorité de la doctrine considère que ces dispositions doivent s'entendre comme visant une participation accessoire à un acte principal. À la lecture des travaux préparatoires cependant, l'art. 66 lit. d LBI aurait été adopté dans le but de permettre la divisibilité de la poursuite pénale à l'encontre des participants, contrairement au principe posé par l'art. 30 CP (FF 1950 I 1015), mais on ne peut en conclure qu'il instituerait un cas de responsabilité indépendante d'un acte principal.

²⁹ ATF 129 III 588 consid. 4.1: «Teilnahmehandlungen sind namentlich gegeben, wenn an sich patentfreie Erzeugnisse ausdrücklich zur Verwendung für den patentierten Zweck angepriesen werden [...] oder wenn sie keinem andern als dem patentrechtlich erfassten Gebrauch dienen können [...]. Schwieriger sind die Fälle zu erfassen, in welchen eine patentfreie Vorrichtung sowohl in einem patentverletzenden wie in einem nicht patentverletzenden Verfahren eingesetzt werden kann. Geht es um das Anbieten oder Inverkehrbringen allgemein im Handel erhältlicher Erzeugnisse, wird diesfalls im Allgemeinen aus dem Erfordernis eines adäquaten Kausalzusammenhangs eine patentrechtsrelevante Teilnahmehandlung zu verneinen sein, es sei denn, die Waren würden ausdrücklich für den patentverletzenden Gebrauch angepriesen, was als Anstiftung im Sinne von Art. 66 lit. d PatG zu qualifizieren wäre [...]. Geht es um das Anbieten oder Inverkehrbringen spezieller, d.h. nicht allgemein im Handel erhältlicher Waren oder Vorrichtungen, ist eine Teilnahme im Sinne von Art. 66 lit. d PatG jedenfalls nur unter zwei Voraussetzungen zu bejahen. Einerseits folgt aus dem Begriff der Akzessorität der Teilnahme, dass der Abnehmer die Vorrichtung patentverletzend einsetzen oder einzusetzen beabsichtigen muss, andererseits macht der Anbieter oder Lieferer sich zivilrechtlich nur verantwortlich, wenn er weiss oder wissen muss, dass die von ihm angebotenen oder gelieferten Mittel geeignet und vom Empfänger des Angebots oder der Lieferung dazu bestimmt sind, für die Benützung der geschützten Erfindung verwendet zu werden [...]». Jurisprudence confirmée par ATF 143 III 666.

³⁰ De cet avis: CHERPILLOD, Violation de droits de propriété intellectuelle: complicité et instigation, in: N. Tissot (éd.), quelques facettes du droit de l'Internet, vol. 6, Neuchâtel 2005, 55 ss, 70, 72; BENHAMOU (n. 26), 525.

³¹ Cf. SCHMID-GABAIN (n. 24), 451 ss.

³² ATF 141 III 513 consid. 5.3.1: «Der Verletzte kann gegen jeden vorgehen, der bei der Entstehung oder Verbreitung der Verletzung objektiv betrachtet – von nah oder fern – eine Rolle gespielt hat, sei diese auch nur von zweitrangiger Bedeutung».

- c. le fournisseur de services de communication dérivés sur les serveurs duquel se trouve l'offre a son siège à l'étranger ou le dissimule; et
- d. les œuvres ou les autres objets protégés sont accessibles de manière licite en Suisse ou disponibles licitement de quelque autre manière».

On peut d'emblée discuter du bien-fondé de la dernière exigence, celle prévue à la lit. d: on ne voit guère comment il serait justifié de ne pas permettre de lutter contre la piraterie (au moyen d'un blocage d'accès) lorsqu'elle porte sur des œuvres qui ne seraient pas licitement disponibles en Suisse. Nul n'a jamais osé prétendre qu'il serait licite de reproduire et disséminer des œuvres protégées sans l'autorisation des ayants droit lorsque de telles œuvres ne seraient pas licitement disponibles (au contraire, l'auteur ou son ayant droit jouit du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire les diverses formes d'exploitation de l'œuvre, et il n'existe pas de moyen de le contraindre à accorder une autorisation d'exploitation de son œuvre, sauf à l'art. 23 LDA).

Une autre critique que l'on doit faire à cette disposition est qu'elle paraît, de par son libellé, pouvoir être invoquée sitôt qu'il existerait une œuvre ou une prestation protégée qui serait manifestement illicitement mise à disposition par une offre (consultable en Suisse et émanant d'un fournisseur de services de télécommunication dérivés dont le siège est dissimulé ou à l'étranger). Or il serait totalement disproportionné d'exiger des FAI qu'ils mettent en place des mesures de blocage pour toute offre permettant de rendre accessible une œuvre ou une prestation protégée. Mais le commentaire de l'AP-LDA rappelait bien que le principe de la proportionnalité devait s'appliquer ici aussi:

«Le blocage de l'accès aux offres doit être proportionné au cas d'espèce, autrement dit, approprié, nécessaire et adéquat en vue d'atteindre l'objectif visé (lutte contre le piratage). Sont donc ciblés les sites Internet qui hébergent principalement des offres pirates. Si une page Web ne rend accessibles de manière illicite que quelques œuvres et autres objets protégés parmi de nombreux contenus licites, son blocage ne serait pas proportionné.

Les blocages de l'accès aux offres doivent être ordonnés avec réserve et en dernier recours, car les moyens de les neutraliser sont susceptibles de compromettre la stabilité d'Internet. C'est également l'avis d'AGUR12, qui préconise de limiter cette mesure aux cas graves afin que les fournisseurs de services de télécommunication n'aient pas à y recourir de manière excessive».

Mais pour éviter de s'exposer au reproche selon lequel cette disposition permettrait de «tirer au canon sur des moineaux»³³, il serait judicieux d'en restreindre la portée aux cas dans lesquels l'offre rend quantité d'œuvres ou de prestations protégées accessibles de manière manifestement illicite, et d'en limiter expressément l'application aux seuls cas dans lesquels le blocage apparaît comme étant proportionné (même s'il est vrai que le principe de la proportionnalité s'applique à toute l'activité étatique sans qu'il soit besoin de le rappeler): cela mettrait en évidence que la mesure demeurerait exceptionnelle, pour parer à l'objection rappelée ci-dessus.

VII. Subsidiarité de la mesure?

En Allemagne, la jurisprudence admet le blocage seulement s'il est démontré qu'une action directe serait impossible ou inefficace (faute de pouvoir identifier un responsable, p.ex.)³⁴. On peut considérer que le principe de la proportionnalité implique dans une certaine mesure une subsidiarité des mesures de blocage³⁵. Il convient néanmoins de prendre garde à ne pas poser à cet égard des exigences excessives qui rendraient impossible le prononcé de mesures de blocage³⁶.

VIII. Les coûts des mesures

Dans son arrêt «UPC Telekabel Wien»³⁷, la CJUE a déclaré que le fait de mettre le coût des mesures exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné, en exécution d'une injonction d'une juridiction nationale, ne porte pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de cet intermédiaire, du moins lorsqu'il lui est laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre

³³ Reproche formulé en ces termes par THOUVENIN ET AL. (n. 2), sic! 2017, 715.

³⁴ BGH, 26 novembre 2015, 1 ZR 174/14, et 26 novembre 2015, I ZR 3/14.

³⁵ Ce qu'admettait le commentaire de l'AP-LDA précité.

³⁶ De cet avis aussi BENHAMOU (n. 26), 529.

³⁷ CJUE, aff. C-314/12, consid. 50-53, «UPC Telekabel Wien».

pour atteindre le résultat visé. La CJUE a précisé qu'il en irait autrement si ces mesures exigeaient de l'intermédiaire de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartiendrait de démontrer. Sur la base de cette jurisprudence, les tribunaux français ont admis que les coûts des mesures de blocage d'accès devaient être laissés à la charge des FAI³⁸.

Dans l'AP-LDA en revanche, l'al. 3 de l'art. 66d disposait que «la personne qui subit une violation de son droit d'auteur ou d'un droit voisin doit dédommager de manière appropriée le fournisseur de services de télécommunication pour les coûts engendrés par le blocage».

Selon les expériences faites à l'étranger, il apparaît que les coûts de ces mesures ne doivent pas être surestimés. Ainsi, CORY rapporte que les coûts pour bloquer le premier site au Royaume-Uni s'étaient élevés à \$ 7100 pour le domaine principal et à \$ 142 pour chaque site subséquent (si l'opérateur du site tentait de déplacer son site)³⁹. Pour les ayants droit, les frais d'avocat sont certainement bien supérieurs aux frais des mesures de blocage, ce qui relativise la question des coûts.

IX. Conclusions

Les mesures de blocage d'accès font partie de l'arsenal juridique pour lutter contre la piraterie à large échelle et à ce titre, elles doivent trouver leur place dans toute législation moderne sur le droit d'auteur. Les expériences conduites à l'étranger montrent que de telles mesures modifient le comportement d'une large majorité des usagers, qui se détournent des offres pirates lorsqu'elles sont la cible de mesures de blocage. Par conséquent, peu importe que ces mesures soient techniquement faciles à contourner.

Chacun s'accorde pour souligner que l'octroi de telles mesures doit demeurer réservé aux cas dans lesquels on est en présence de piraterie à large échelle. C'est le principe de la proportionnalité qui l'exige. Si nécessaire, la loi pourrait le rappeler expressément, en limitant l'application des mesures de blocage aux cas dans lesquels l'offre rend quantité d'œuvres ou de prestations protégées accessibles de manière manifestement illicite, et en réservant expressément le principe de la proportionnalité.

Pour le reste, selon les expériences faites à l'étranger, il apparaît que les coûts de ces mesures ne constituent pas un obstacle à leur mise en place.

Résumé

Même si les mesures de blocage peuvent être techniquement contournées sans grandes difficultés, les études qui ont pu être conduites montrent qu'elles ont amené une très grande majorité d'usagers à se détourner des sites pirates.

Il n'existe aucune incohérence entre l'instauration de mesures de blocage d'accès et l'exception en faveur de la copie privée: le législateur peut fort bien prévoir la possibilité de requérir de telles mesures auprès des FAI, pour lutter contre la dissémination de contenus pirates, et maintenir une exception en faveur de la copie privée, pour préserver la sphère privée de l'utilisateur.

En Europe, le fait de permettre la reproduction à des fins privées à partir de sources illicites pourrait désormais apparaître comme une particularité suisse. Si, en plus, la Suisse ne devait pas fournir les moyens propres à bloquer l'accès aux offres pirates, on se trouverait dans cette situation où il serait loisible à chacun d'y accéder, alors que des mesures de blocage de telles offres auraient été mises en place dans tous les pays qui nous entourent. Sous cet angle, la loi suisse pourrait être perçue comme étant clairement insuffisante pour lutter contre la piraterie d'œuvres et de prestations protégées.

L'objection selon laquelle les FAI ne participent pas aux violations commises par des tiers place le débat sur un mauvais terrain, à savoir celui de leur responsabilité civile: il ne s'agit pas ici de déterminer si les FAI ont la qualité pour défendre à une action civile qui leur serait intentée au titre de la participation à une violation du droit d'auteur commise par des tiers. Le véritable objet du débat est de savoir si

³⁸ C. cass., 1^{re} chambre civile, arrêt n° 909 du 6 juillet 2017 (16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595) ECLI:FR:CCASS:2017:C100909.

³⁹ CORY (n. 1), 11. Cf. ég. BENHAMOU (n. 26), 529.

une législation moderne sur le droit d'auteur doit prévoir la possibilité d'exiger des mesures de blocage de la part des FAI, lorsque de telles mesures paraissent à la fois nécessaires et proportionnées pour protéger les intérêts des auteurs et des autres ayants droit, tout en tenant compte des intérêts des usagers (risque d'overblocking) et des FAI (faisabilité et coût des mesures). De plus, les principes classiques de la responsabilité civile ont été élaborés avant l'ère numérique. Or, à l'âge d'Internet, le Parlement se doit d'adopter des mesures qui constituent une réponse au problème du piratage endémique, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de mesures qui ont déjà fait leurs preuves, et qui ont été mises en place dans plus de 25 pays.

Zusammenfassung

Obwohl solche Internetzugangssperren ohne grosse Schwierigkeiten technisch umgangen werden können, haben Studien gezeigt, dass sie die grosse Mehrheit der Internetnutzer dazu bewegen, sich von Piraterieseiten abzuwenden.

Zugangssperren stehen nicht im Widerspruch zur Schranke des Privatgebrauchs: Der Gesetzgeber kann zur Bekämpfung der Verbreitung von Piraterieinhalten durchaus die Möglichkeit vorsehen, solche Massnahmen gegenüber den ISP zu verlangen, und dabei die Schranke des Privatgebrauchs vorsehen, um die Privatsphäre des Nutzers zu wahren.

In Europa aber könnte die Erlaubnis, für private Zwecke Vervielfältigungen aus unerlaubten Quellen zu erstellen, als schweizerische Eigenheit erscheinen. Sollte die Schweiz die Sperrung des Zugangs zu Piraterieangeboten nicht ermöglichen, stünde es jedem offen, sich Zugang zu Piraterieangeboten zu verschaffen, obwohl der Zugang zu diesen Inhalten in den umliegenden Ländern gesperrt ist. Vor diesem Hintergrund könnte das schweizerische Recht als klar ungenügend zur Bekämpfung der Piraterie von Werken und geschützten Darbietungen betrachtet werden.

Der Einwand, wonach die ISP an der Verletzung durch Dritte nicht teilnehmen, führt zur Diskussion über ihre zivilrechtliche Verantwortlichkeit und damit in eine falsche Richtung: Es geht nicht um die Frage der Parteistellung von ISP in Verfahren wegen Teilnahmehandlungen von Dritten an Urheberrechtsverletzungen. Vielmehr muss die Frage diskutiert werden, ob eine moderne Urheberrechtsgesetzgebung Massnahmen vorsehen muss, um gegenüber ISP Sperren zu verlangen, weil solche Massnahmen zum Schutz von Urhebern und Rechteinhabern notwendig und verhältnismässig erscheinen, auch unter Berücksichtigung der Interessen der Nutzer (Risiko des overblocking) und der ISP (Umsetzbarkeit und Kosten). Hinzu kommt, dass die Grundprinzipien zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aus einer Zeit vor der Digitalisierung stammen. Im Zeitalter des Internets muss das Parlament Antworten auf das endemische Problem der Piraterie finden und die hierzu geeigneten Massnahmen treffen. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass Zugangssperren in mehr als 25 Ländern eingeführt wurden und sich bewährt haben.