

Respect du droit d'auteur et des droits voisins sur internet

Avis du Conseil de la Propriété Intellectuelle

29 juin 2012

Table des matières

<u>Résumé</u>	p. 3
<u>Introduction</u>	p. 6
<u>Chapitre I - Mise à disposition et « réception » d'œuvres et de prestations protégées sur Internet</u>	p. 8
Section 1 - Types d'activités et aspects juridiques	p. 8
Section 2 - Imputabilité et responsabilité pour les actes relevant du droit d'auteur	p. 12
A. Principe général	p. 12
B. Intermédiaires – Rôle et responsabilité	p. 14
Section 3 - Analyse des propositions de loi	p. 24
A. Analyse de la proposition de Loi 5-590/1 de Monsieur Jacky Morael et Madame Freya Piryns	p. 24
B. Analyse de la proposition de Loi 5-741/1 De Monsieur Richard Miller	p. 36
C. Analyse de la proposition de Loi 1084/001 de Madame Karine Lalieux c.s.	p. 49
<u>Chapitre II - Analyse comparative des mesures de respect des droits</u>	p. 54
Section 1 - Les systèmes législatifs visant à lutter contre les atteintes	p. 54
A. Les mécanismes de réponse graduée	p. 54
B. Les systèmes d'avertissement	p. 57
C. Le blocage de sites Internet	p. 58
Section 2 - Les systèmes d'autorisation	p. 63
Section 3 - Décision d'inaction	p. 64
<u>Chapitre III - Protection et promotion de l'offre légale</u>	p. 66
<u>Chapitre IV - Le phénomène dans un cadre économique économique plus large</u>	p. 68

Résumé

Différentes propositions de loi ont été introduites au Parlement en 2010-2011 en rapport avec le respect du droit d'auteur sur internet¹.

Il ressort de l'exposé des motifs de ces propositions que celles-ci sont motivées par le constat que diverses atteintes aux droits d'auteur et droits voisins sont massivement commises quotidiennement et que les auteurs et autres ayants droit ne retirent pas des exploitations massives de leurs œuvres les revenus qui devraient leur revenir.

Comme il est nécessaire de prévoir une approche équilibrée pour la problématique du respect des droits de propriété intellectuelle dans un environnement numérique, qu'il s'agit d'une problématique complexe nécessitant de tenir compte de différents domaines juridiques, des développements au niveau européen et des aspects juridico-techniques des différentes approches, le Ministre de l'Economie a demandé au Conseil de la Propriété intellectuelle de remettre un avis portant sur les différentes propositions de loi.

Le présent avis ne prétend pas traiter de manière exhaustive une problématique aussi complexe et vaste que celle du respect du droit d'auteur sur Internet. Il a essentiellement pour objet de :

1° donner un avis sur les propositions de loi relatives au respect du droit d'auteur sur Internet, actuellement pendantes au Parlement. Il s'agit de la section 3 du chapitre 1er du présent avis ;

2° décrire de manière générale les différents modèles possibles visant à assurer le respect du droit d'auteur sur Internet. Cette description se base sur une analyse comparative de la situation à l'étranger qui a été réalisée à la demande du Service Public Fédéral Economie par le centre de recherche universitaire Crids². Cette description est reprise au chapitre 2 du présent avis ;

3° examiner différentes mesures visant à promouvoir l'offre légale d'œuvres et de prestations protégées sur Internet. Cet examen fait l'objet du chapitre 3 du présent avis.

Préalablement à ces trois parties de l'avis, celui-ci rappelle, d'une part, les types d'exploitation d'œuvres protégées sur Internet ainsi que la qualification de ces types d'exploitation au regard du droit d'auteur (chapitre 1^{er}, section 1) et, d'autre part, les règles de responsabilité des atteintes au droit d'auteur commises sur Internet notamment en ce qui concerne certains prestataires de service Internet.

Par contre, le présent avis ne couvre pas de manière exhaustive l'état actuel du droit relatif au respect des droits de propriété intellectuelle notamment en matière de droit judiciaire et de droit pénal. Par ailleurs, l'avis ne contient pas une analyse économique de l'impact des atteintes au droit

¹ Proposition de loi déposée par M. Jacky MORAEL et Mme Freya PIRYNS visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, *Sénat 2010-2011*, document 5-590/1, Proposition de loi favorisant la création culturelle sur Internet, déposée par M. Richard MILLER, Sénat 2010-2011, 5-741/001, Proposition de loi déposée par Madame Karine LALIEUX et consorts modifiant l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires lors d'atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, La Chambre, Doc 53, 1084/001

² C. COLIN et S. HALLEMANS, sous la supervision de S. Dusollier et A. Cruquenaire, Etude sur le téléchargement illégal d'œuvres sur internet, 5 avril 2012.

d'auteur commises sur Internet notamment pour l'industrie créative. La réalisation d'une telle étude économique est d'ailleurs recommandée par le Conseil de la propriété intellectuelle (voir chapitre 4).

Sous réserve des remarques spécifiques contenues dans le présent avis, les membres du Conseil défendent les points de vue généraux suivants :

1. Il importe dans l'intérêt général de s'assurer que le droit d'auteur et les droits voisins soient effectivement respectés pour les différentes formes d'exploitation des œuvres et des prestations sur Internet. Un statu quo de la situation actuelle serait préjudiciable aux auteurs et autres ayants droit.
2. Les moyens juridiques visant à faire respecter le droit d'auteur sur Internet doivent être proportionnés à l'objectif légitime poursuivi qui est de permettre aux titulaires de droit de valoriser également sur Internet leurs œuvres et prestations. Ces mesures ne peuvent être absolues et doivent, comme l'a indiqué la Cour de Justice de l'Union européenne, tenir compte d'autres libertés et droits fondamentaux tels que la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, la protection de la vie privée et le droit à un procès équitable. Elles doivent en outre être conformes au régime spécifique de responsabilité pour certaines activités des intermédiaires prestataires de services Internet tel que prévu par le droit européen.
3. Les moyens juridiques visant à faire respecter le droit d'auteur sur Internet devraient être complémentaires aux mesures qui stimulent l'offre légale d'œuvres protégées sur Internet et doivent contribuer, avec d'autres types de mesures (voir chapitre 3), au développement et à la protection d'une telle offre.
4. Les moyens juridiques visant à faire respecter le droit d'auteur sur Internet doivent offrir une sécurité et une prévisibilité juridiques à l'ensemble des acteurs concernés : titulaires de droits, fournisseurs de contenus, intermédiaires prestataires de service Internet, utilisateurs et consommateurs. Un simple statu quo serait préjudiciable aux auteurs et autres ayants droit.
5. Il convient d'analyser le cadre juridique existant afin d'éviter les duplications et les chevauchements de moyens juridiques.
6. Il n'existe pas de modèle juridique unique permettant d'assurer le respect effectif du droit d'auteur sur Internet.

En tenant compte des dispositifs juridiques existants, il s'agit plutôt d'envisager un bouquet de mesures visant le côté « mise à disposition illicite d'œuvres et de prestations protégées » (mesures en amont) et le côté « réception/reproduction d'œuvres et de prestations protégées mis illicitement en ligne » (mesures en aval) (voir chapitre 2).

La priorité doit être donnée à des mesures permettant de faire cesser les activités consistant à mettre à disposition de manière manifestement illicite et à grande échelle, d'un point de vue quantitatif ou qualitatif, des œuvres et des prestations protégées sur Internet.

Concernant les mesures relatives aux consommateurs, le Conseil est d'avis qu'une approche pédagogique doit être privilégiée, par exemple sous forme d'avertissement, plutôt qu'une approche répressive généralisée que le Conseil considère comme non appropriée.

Dans le respect des libertés et droits fondamentaux, ces mesures devraient notamment prendre la forme de procédures de « notification et action » et si possible se fonder sur une coopération étroite et active entre titulaires de droits, prestataires de services Internet et autorités publiques. Afin d'assurer le principe de proportionnalité, les mesures doivent être suffisamment précises.

7. Concernant la question de savoir si l'exception de copie privée couvre la reproduction d'œuvres mises illicitement à disposition sur Internet, il n'y a pas de consensus au sein du Conseil.
8. Bien que le Conseil partage les objectifs poursuivis par les propositions de loi déposées au Parlement, à savoir assurer le respect du droit d'auteur sur Internet, le Conseil est également d'avis que certains éléments essentiels des propositions de loi soulèvent des questions juridiques délicates et sont susceptibles de méconnaître les obligations internationales et européennes que la Belgique doit respecter.

Introduction

Différentes propositions de loi ont été introduites au Parlement en 2010-2011 en rapport avec le respect du droit d'auteur et des droits voisins sur internet. Comme la question est cruciale pour les auteurs et les autres ayants droit, qu'il est nécessaire de prévoir une approche équilibrée pour la problématique du respect des droits de propriété intellectuelle dans un environnement numérique et qu'il s'agit d'une matière complexe pour le traitement de laquelle il convient de tenir compte de différents domaines juridiques, des développements au niveau européen et des aspects juridico-techniques des différentes approches, le Ministre de l'Economie a demandé au Conseil de la Propriété intellectuelle de remettre un avis portant notamment sur les différentes propositions de loi.

Lors de sa réunion du 14 septembre 2011, le Conseil a décidé que les personnes suivantes, vu leur contribution utile aux discussions sur ce point à l'ordre du jour, participeront aux réunions du Conseil :

- Mme COLIN et Mme HALLEMANS, chercheuses au CRIDS, ayant réalisé une étude sur les propositions de loi déposées au Sénat ;
- Mme VAN DE VELDE, représentante de l'ISPA, l'Association belge des fournisseurs d'accès Internet.

En raison, d'une part, de la diversité des services prestés sur internet (accès, hébergement, etc.) et des acteurs prestant de tels services sur internet et, d'autre part, de la nécessité de garantir une représentativité aussi large que possible des différents milieux concernés, le Conseil a décidé que deux représentants supplémentaires de l'ISPA participeront aux discussions du Conseil concernant la question du respect du droit d'auteur sur internet. Cela permettra d'assurer la représentation des différentes catégories de prestataires de services internet d'une manière plus adéquate. Il s'agit notamment de :

- Mme De VINK, représentante d'ISPA, l'Association belge des fournisseurs d'accès Internet ;
- Mme LEGROS, représentante d'ISPA, l'Association belge des fournisseurs d'accès Internet.

Lors de la réunion du Conseil du 21 octobre 2011, M. Christophe Van Mechelen, de la Belgian Anti-Piracy Federation (BAF), a présenté les techniques utilisées pour l'échange et l'offre d'œuvres et de prestations protégées sur internet³.

Le Conseil a discuté de ce sujet lors de ses réunions des 14/09/2011, 21/10/2011, 23/11/2011, 19/12/2011, 29/02/2012, 19/04/2012, 5/06/2012 et 29/06/2012, et a émis l'avis suivant.

Le Conseil a essayé, d'une part, d'avoir une image suffisamment large des aspects importants de la problématique du respect des droits d'auteur sur internet et, d'autre part, de se conformer le plus possible au cadre juridique de référence actuellement prévu par la législation européenne et belge.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil a décidé de structurer son avis sur la base des thèmes suivants:

³ De manière générale, quatre techniques ont été présentées:

- 1) P2P: les PC peuvent partager des fichiers avec des "peers" (pairs) via un réseau décentralisé
- 2) sites de téléchargement direct: ils permettent aux utilisateurs de télécharger directement des fichiers (de contenu protégé ou non) au départ du site.
- 3) streaming: sites internet permettant d'écouter de la musique, de regarder des films et programmes tv
- 4) newsgroups: des messages (avec contenu et liens) sont "postés" dans des groupes de discussion

Chapitre I - Mise à disposition et « réception » d'œuvres et de prestations protégées sur Internet

Section 1 - Modes d'exploitation, aspects juridiques et pratiques

Section 2 - Qualification des actes relevant du droit d'auteur – imputabilité et responsabilité

Section 3 - Analyse des propositions de loi

Chapitre II - Analyse comparative des différents modèles visant à assurer le respect du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet

Chapitre III - Protection et promotion de l'offre légale

Chapitre IV - Description du phénomène - impact économique

Chapitre I - Mise à disposition et « réception » d'œuvres et de prestations protégées sur Internet

Ce chapitre étudie les implications juridiques liées à la mise à disposition sur internet et la réception d'œuvres et de prestations protégées par le droit d'auteur. Ce chapitre décrit les droits d'auteur et droits voisins qui sont concernés par la mise à disposition et la réception d'œuvres et de prestations protégées via internet (Section I), à qui ces actes soumis au droit d'auteur peuvent être imputés (Section II) et analyse les propositions de loi 5-590, 5-741 et 1084/001 (Section III).

SECTION 1 - Types d'activités et aspects juridiques

LA MISE A DISPOSITION ET LA « RECEPTION » D'ŒUVRES ET DE PRESTATIONS PROTEGEES SUR INTERNET: TYPES D'ACTIVITES ET QUALIFICATION JURIDIQUE

Dans le contexte d'internet, des œuvres et des prestations protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin peuvent être mises à disposition et « réceptionnées » de différentes manières, différents aspects liés au droit d'auteur pouvant jouer. Au niveau juridique, le droit de communication au public (avec le droit de mise à disposition) et/ou le droit de reproduction interviendront principalement lors de la mise à disposition d'œuvres et de prestations protégées⁴.

Droits pertinents

En 2001, l'Union européenne a adopté la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (la directive "société de l'information"). Cette directive harmonise une série de droits exclusifs qui couvrent la distribution en ligne d'œuvres et de prestations protégées. La Belgique a transposé cette directive par la loi du 22 mai 2005.

Les droits exclusifs suivants sont par exemple concernés par la mise à disposition et la « réception »⁵ d'œuvres protégées par le droit d'auteur via internet :

- **Le droit exclusif de reproduction**, tel que défini à l'article 2 de la directive « société de l'information », porte sur toutes les formes de reproduction faites dans le processus de distribution en ligne. Dans ce contexte, le droit de reproduction comporte le droit de reproduire l'œuvre en faisant des copies digitales. Les copies digitales comprennent les reproductions dans un environnement électronique, par exemple, le chargement (upload) et le téléchargement (download), le stockage sur

⁴ Ces droits sont énoncés aux articles 1er (auteurs), 35 (artistes-interprètes ou exécutants) et 39 (producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films) et 44 (organismes de radiodiffusion) de la LDA, et aux articles 2 et 3 de la Directive européenne 2001/29/CE. Pour les auteurs, l'article 1er, § 1er, alinéas 1^{er} et 4 de la loi belge relative au droit d'auteur est libellé comme suit: "Article 1^{er}. § 1er. L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit (, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie). (...)

L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque (, y compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement).

⁵ Le terme « réception » est utilisé au sens large et vise tant le téléchargement (download) que la réception d'une œuvre ou d'une prestation transmise en streaming.

disque dur. Certaines copies temporaires sont cependant couvertes par une exception au droit de reproduction sur la base de l'article 5 (1) de la directive « société de l'information »⁶.

- **Le droit exclusif de communication au public** prévu à l'article 3 de la directive « société de l'information » et précisé plus avant dans le considérant (23) de la directive couvre toute communication des œuvres au public non présent sur le lieu d'origine de la communication.

- **Le droit exclusif de mise à disposition du public** qui porte sur les services "à la demande", est reconnu aux auteurs, aux artistes-interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films et aux organismes de radiodiffusion.

Le droit de mise à disposition du public est un nouveau droit introduit pour la première fois au niveau de l'UE par la directive « société de l'information ». Cela a surtout été fait pour pouvoir s'adapter aux nouvelles formes d'exploitation des œuvres protégées, issues de l'évolution de la convergence des technologies et en particulier les services à la demande qui n'étaient pas clairement couverts par le droit de communication au public dans les différents Etats membres. Ces exploitations sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Dans la loi belge relative au droit d'auteur, le droit de mise à disposition du public est considéré comme une partie du droit plus large de communication au public. Les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films disposent d'un tel droit « complet » de communication au public. Les organismes de radiodiffusion disposent cependant de prérogatives plus limitées comprenant notamment le droit de mise à disposition. Toutes les catégories précédentes d'ayants droit disposent d'un droit de reproduction interprété de manière large.

Le nombre de droits et catégories d'ayants droit concernés par l'acte de mise à disposition dépend du type d'œuvres et de prestations (musique, audiovisuel, photo, littéraire, logiciel). Ces droits peuvent être donnés en licences à des plates-formes d'offre légale par une variété d'ayants droit, agissant individuellement ou collectivement. Chaque catégorie d'ayants droit peut uniquement donner l'autorisation pour les droits dont ils disposent sur l'œuvre et/ou la prestation protégée.

Dans le cas de la musique par exemple, une plate-forme de téléchargement a besoin d'une autorisation de tous les ayants droit, à savoir :

- le droit de reproduction et le droit de communication au public des auteurs (les auteurs qui possèdent les droits sur la composition musicale et les textes),
- les droits voisins des producteurs de phonogrammes sur leurs prestations (droit de reproduction et droit de communication au public),
- et les droits voisins d'artistes-interprètes ou exécutants sur leurs prestations (droit de reproduction et droit de communication au public).

⁶ L'art. 5.1 de la directive 2001/29 est libellé comme suit: "1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou

b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

Ci-après, quelques modes d'exploitation sont décrits et il est indiqué quels droits d'auteurs semblent a priori s'appliquer.

Cas type 1) La mise à disposition d'œuvres et de prestations protégées pour un téléchargement (download) pouvant être conservé de manière permanente

Lorsque **des œuvres et des prestations protégées** sont mises à disposition pour un téléchargement (download), il sera question dans le chef du fournisseur de contenu d'une communication au public (plus concrètement encore le droit de mise à disposition) et généralement également d'une reproduction.

Quant à celui qui télécharge (download), il sera question d'une reproduction, puisqu'il enregistre le fichier sur son ordinateur ou lecteur MP3, ...

En résumé, quant à la qualification juridique au regard du droit d'auteur : en ce qui concerne la mise à disposition, il est question d'une communication au public et d'une reproduction et en ce qui concerne le téléchargement (download), il est question d'une reproduction.

Cas type 2) La mise à disposition d'œuvres et de prestations protégées afin de permettre aux utilisateurs de les écouter/regarder à la demande sans possibilité de conservation (par exemple, sites internet à partir duquel on peut écouter des chansons choisies soi-même ou regarder des films ou extraits vidéos choisis par soi-même, via la technique du streaming, ...)

Qualification juridique au regard du droit d'auteur : du côté de la mise à disposition, il est question de communication au public et de reproduction. Est-il question, pour l'utilisateur, d'un acte pertinent lié au droit d'auteur, en particulier d'une reproduction ? A ce sujet, il convient de faire remarquer que, selon la nouvelle définition du droit de reproduction, telle qu'introduite par l'article 2 de la Directive 2001/29/CE, les actes de reproduction provisoires, aussi brefs qu'ils puissent être, tombent en principe dans le champ d'application du droit de reproduction. Les actes de reproduction provisoires qui répondent à certaines conditions strictes peuvent cependant bénéficier d'une exception (article 5(1) directive - article 21, § 3 LDA). Si l'on peut donc admettre qu'en ce qui concerne l'utilisateur, également lorsque l'on écoute ou regarde simplement sans enregistrer l'œuvre, il est question d'une reproduction, la question se pose de savoir si cette reproduction tombe dans le champ d'application de la notion "d'actes de reproduction provisoires" au sens de l'article 5.1 de la directive 2001/29/CE ou 21, § 3 de la LDA⁷.

En ce qui concerne la portée du droit de reproduction, nous pouvons renvoyer à l'arrêt Infopaq (CJCE du 16 juillet 2009, affaire C-5/08).

L'entreprise danoise **Infopaq** a scanné et indexé des articles de presse en fonction de termes de recherche et, pour chaque correspondance, onze mots de l'article trouvé sont convertis, via un procédé de capture de données, en fichiers TIFF et texte, stockés dans la mémoire de l'ordinateur et imprimés. Les éditeurs de journaux danois ont attaqué Infopaq à ce sujet (Infopaq s'est prévalu de l'exception en droit danois qui transposait l'article 5(1) de la Directive 2001/29/CE).

⁷ L'article 5.1 de la Directive 2001/29/CE prévoit que:

1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou

b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.

La Cour, statuant sur une série de questions préjudicielles, a notamment dit : *(70) Dans ces conditions, il convient de constater que le dernier acte du procédé d'acquisition de données en cause au principal, au cours duquel Infopaq imprime les extraits composés de onze mots, ne constitue pas un acte transitoire au sens de l'article 5, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/29.*"

La Cour a également déclaré pour droit qu'un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE. La Cour laisse le juge national compétent pour juger si c'est également le cas.

Cas type 3) la mise à disposition linéaire d'œuvres et de prestations protégées (à un moment déterminé par le fournisseur et non à la demande) afin de permettre aux utilisateurs d'écouter et/ou de regarder sans possibilité de conservation par l'utilisateur (par exemple, le Simulcasting, c'est-à-dire la diffusion simultanée d'un même contenu d'émissions radio et TV en même temps que l'émission par la voie traditionnelle)

Qualification juridique au regard du droit d'auteur : quant à la mise à disposition, il est question de communication au public. La question est de savoir si, du côté de la mise à disposition, il est également question de reproduction. En ce qui concerne l'utilisateur, il convient aussi de savoir, comme pour la situation précédente, s'il s'agit d'une reproduction, si celle-ci peut être qualifiée de reproduction provisoire au sens de l'article 5.1 de la Directive 2001/29/CE et de l'article 21, § 3 LDA.

En ce qui concerne la portée du droit de reproduction, nous pouvons renvoyer à l'arrêt Premier League (CJCE du 4 octobre 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08).

Premier League s'est opposé à ce que les exploitants anglais de cafés utilisent des abonnements par satellite avec des dispositifs de décodage y relatifs, provenant de Grèce, avec lesquels ils pouvaient offrir à leurs clients des rencontres de Premier League à des coûts nettement moins élevés que lorsqu'ils avaient pris un abonnement auprès du preneur de licence britannique BSkyB. Les émissions de sport contiennent des œuvres protégées par le droit d'auteur de Premier League. Une des questions préjudicielles posées à la Cour était de savoir si les exploitants de café commettent une infraction au droit d'auteur parce que les œuvres protégées ont été reproduites dans la mémoire des décodeurs et sur les écrans de télévision ou si ces actes sont couverts par l'exception obligatoire pour actes de reproduction provisoires (article 5, alinéa 1^{er} de la directive 2001/29/CE). La Cour a déclaré notamment pour droit que: *"5) (...) le droit de reproduction s'étend aux fragments transitoires des œuvres dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, à condition que ces fragments contiennent des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre aux auteurs concernés, l'ensemble composé des fragments reproduits simultanément devant être examinés afin de vérifier s'il contient de tels éléments.* La Cour a également dit pour que :

"6) Les actes de reproduction tels que ceux en cause dans l'affaire C-403/08, qui sont effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision, remplissent les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et peuvent dès lors être réalisés sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur concernés."

SECTION 2 – Imputabilité et responsabilité pour les actes relevant du droit d’auteur

Cette section examine à qui les actes relevant du droit d’auteur, comme par exemple la communication au public ou la reproduction, peuvent être imputés et qui est responsable lorsqu’un acte est posé sans autorisation de l’auteur, alors qu’une autorisation de l’ayant droit est nécessaire.

A PRINCIPE GENERAL

Une distinction est faite entre les actes qui sont effectués du côté de la mise à disposition (upload) et ceux qui sont effectués du côté de la « réception » par l’utilisateur (« download »). Le rôle des intermédiaires est discuté ci-après au point B.

a) Du côté de la mise à disposition

Il y a une différence d’échelle à prendre en compte en ce qui concerne l’ampleur de la mise à disposition d’œuvres et de prestations protégées sur Internet. Certaines personnes peuvent mettre à disposition de manière manifestement illicite et à grande échelle, d’un point de vue quantitatif ou qualitatif, des œuvres et des prestations protégées sur Internet. D’autres personnes peuvent mettre à disposition des œuvres protégées sur Internet dans un but personnel. Selon la majorité des membres du Conseil, cette différence d’échelle doit être prise en compte dans la description des mesures à mettre en place afin de lutter contre les atteintes au droit d’auteur sur Internet. Il est toutefois fait remarquer qu’il revient au juge de prononcer la mesure la plus appropriée compte tenu du principe de proportionnalité et en fonction des circonstances de la cause.

Par ailleurs, la personne qui met des œuvres ou prestations protégées à disposition sur Internet est susceptible d’effectuer tant des actes autorisés que non autorisés au regard du droit d’auteur.

Elle peut par exemple poster sur internet des photos qu’elle a elle-même prises ou ses propres créations, textes, sur un blog, avec la possibilité ou non pour les visiteurs du site internet/blog de télécharger pour eux les fichiers de manière permanente (par exemple, sous une licence *creative commons*). Elle peut également avoir reçu l’autorisation d’utiliser une œuvre protégée particulière sur un site internet (par exemple, utilisation de photos/musique sur un site internet). D’un point de vue juridique, ces actes ne semblent pas problématiques pour autant que les limites de la licence d’utilisation ne soient pas dépassées.

Les internautes peuvent également mettre à disposition des œuvres et des prestations protégées dont ils ne détiennent pas les droits,, par exemple poster sur un site internet ou mettre à disposition d’autres personnes ou échanger des œuvres protégées. Dans la plupart des cas, une autorisation ne sera pas obtenue pour ce faire. Dans ce cas, ces internautes posent un acte non autorisé de mise à disposition du public et le cas échéant de reproduction (pour rappel, des droits exclusifs, pour lesquels une autorisation est exigée), pour lequel ils peuvent être attaqués par l’ayant droit au civil (art. 1^{er}, 35, 39, 44, 86bis, 86ter et 87 LDA) et en cas d’intention méchante ou frauduleuse au pénal (article 80 LDA).

Un exemple de la jurisprudence pouvant illustrer ces principes concerne Copiepresse, SAJ et Assucopie c. Google, Trib. Bruxelles, 13 février 2007 et Bruxelles, 5 mai 2011.

b) Du côté de la « réception »

Pour rappel, le terme « réception » est utilisé au sens large et vise tant le téléchargement (download) permanent que la réception d'une œuvre ou d'une prestation transmise en streaming. En ce qui concerne la « réception », différentes situations peuvent également se produire.

- Téléchargement (download) permanent :

Lorsqu'une œuvre protégée est stockée de manière permanente par celui qui la télécharge (download), il sera question dans son chef d'une reproduction. Il a donc besoin d'une autorisation de l'ayant droit à cet effet qu'il peut obtenir en pratique implicitement ou explicitement via une 'plate-forme de vente légale'. A cet égard, il faut également renvoyer à l'article 23*bis*, alinéa 2, de la loi relative au droit d'auteur, qui autorise les dérogations contractuelles au caractère contraignant des exceptions en cas de mise à la disposition à la demande.

La question a été soulevée au sein du Conseil de savoir si un téléchargement (download) d'une œuvre protégée à partir d'une source illégale pourrait tomber dans le champ d'application de l'exception pour copie privée (article 22, §1, 5° LDA). A ce sujet, nous pouvons mentionner ce qui suit.

Certains membres experts, et les membres représentant les consommateurs considèrent que le statut du téléchargement (download) d'œuvres protégées à partir d'une source illégale au regard de l'exception de copie privée n'est pas clairement réglé dans la loi sur le droit d'auteur. Selon ces membres, dans le cadre de la loi belge relative au droit d'auteur (l'article 22, §1er, 5°, n'a pas été modifié depuis 1994 dans ce domaine), les téléchargements (downloads) de source illégale relèvent en principe du champ d'application de l'exception pour copie privée, à condition que le test en trois étapes soit respecté.

Le test en trois étapes est une norme à laquelle les exceptions (nationales) au droit d'auteur et aux droits voisins doivent répondre. Cette norme est expressément établie par l'article 5(5) de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Le phénomène des téléchargements via l'internet n'était pas aussi répandu il y a une dizaine d'années. Aujourd'hui, on peut cependant à nouveau se poser la question de savoir si une exception qui comprendrait/autoriserait un volume croissant de téléchargements, reproductions de source illégale via l'internet porterait préjudice à l'exploitation normale des œuvres/prestations, et ce à partir de quel seuil. Rappelons que l'application du test en trois étapes reste une affaire complexe.

Ces membres soulignent que la question du statut du téléchargement (download) d'œuvres protégées à partir d'une source illégale au regard de l'exception de copie privée est également liée au choix des modèles visant à lutter contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet. Si le téléchargement d'œuvres protégées à partir d'une source illégale relève de l'exception pour copie privée, des mesures peuvent difficilement être prises contre l'acte de reproduction fait par l'utilisateur d'internet (systèmes d'avertissements ou systèmes répressifs). Ce dernier bénéficierait en effet, en vertu de la loi, de l'exception. Selon un membre, aux Pays-Bas, les intermédiaires qui exploitent des services avec lesquels des œuvres ou prestations protégées peuvent être échangées ou offertes invoquent l'exception pour copie privée (de source illégale) afin d'échapper de cette manière à la responsabilité. Ils se basent pour se faire sur un arrêt du 15 novembre 2010 de la Cour de Justice de

La Haye qui stipule que faciliter et stimuler le téléchargement de source illégale est autorisé parce que la copie privée au départ d'une source illégale évidente est autorisée.

Un membre représentant les consommateurs ajoute en outre que les consommateurs ne sont d'ailleurs pas en mesure de déterminer si la source est légale ou non.

D'autres membres représentant les ayants droit considèrent au contraire que cette question ne doit pas être examinée car la loi est claire sur ce point en ce sens que l'exception de copie privée ne s'applique pas au téléchargement (download) d'œuvres protégées à partir d'une source illégale. Selon ces membres, la loi ne nécessite pas d'être adaptée sur ce point.

En ce qui concerne la question du statut du téléchargement (download) d'œuvres protégées à partir d'une source illégale au regard de l'exception de copie privée, il n'y a dès lors pas de consensus au sein du Conseil. Certains membres considèrent que la loi devrait être clarifiée sur ce point en tenant compte notamment des mesures qui seront proposées pour lutter contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet. D'autres membres considèrent que cette question est clairement réglée par la loi actuelle et ne doit donc pas être abordée dans le cadre du présent exercice.

Sans préjudice de ce qui précède, si une reproduction a lieu en dehors du cercle familial (champ d'application de l'exception de copie pour copie privée), le droit exclusif de reproduction sera d'application: la reproduction devra être autorisée par l'ayant droit. Un représentant des ayants droit indique que l'exception ne peut pas non plus être invoquée lors de l'utilisation de la technologie P2P qui facilite l'échange d'œuvres et prestations entre personnes puisque selon ce représentant, techniquement l'on télécharge et met à disposition simultanément.

- Reproduction provisoire

Par exemple, une reproduction provisoire dans un appareil du côté de l'utilisateur (par exemple, un décodeur, un décodeur ou set-top box). L'exception pour les actes de reproduction provisoires pourra dans certaines conditions être invoquée (cf. supra arrêt Cour de Justice Premier League, dispositif 5) et 6) ; art. 21, § 3 et 46, 4°bis LDA).

B. INTERMÉDIAIRES – ROLE ET RESPONSABILITE

En premier lieu, le régime de responsabilité des articles 12 à 14 de la directive e-commerce est examiné.

1) Les prestataires intermédiaires qui offrent des services relevant du champ d'application des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique

a) Remarques préliminaires - précision des concepts

Dans le langage courant, il est fréquent d'entendre la notion de « prestation de services Internet ». Il s'agit en réalité d'une notion large qui ne semble être ni utilisée ni définie dans les législations européenne et nationale. Cela vise notamment les services suivants : la fourniture d'accès, le caching, l'hébergement, l'enregistrement et la gestion de noms de domaine, les systèmes de

paiement sur l'Internet, etc. Un fournisseur de services Internet est donc un prestataire qui offre un ou plusieurs des services précités.

Parmi ces différents services, la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁸ consacre un régime de responsabilité particulier pour la fourniture de trois services/activités spécifiques : le simple transport et la fourniture d'accès aux réseaux (art.12), le stockage temporaire sous forme de « cache » (art. 13) et l'hébergement (art.14). Seules ces trois activités sont couvertes par les exonérations de responsabilité des articles 12 à 15. Les autres activités de prestation de services Internet ne sont pas visées par ces dispositions et ressortissent donc au droit commun de la responsabilité.

b) Nécessité de raisonner par « services » et non par « acteurs »

Même si la section 4 de la directive 2000/31 s'intitule « Responsabilité des prestataires intermédiaires », il convient de préciser que les régimes (d'exonération) de responsabilité diffèrent selon l'activité exercée / le service presté, et non en fonction du type d'opérateur⁹. Cette distinction est capitale et constitue une clé d'interprétation décisive du dispositif de la section 4. En effet, une activité de nature apparemment technique, ou présentée comme telle, peut être « requalifiée » en activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné ou de certains engagements contractuels souscrits par lui. En ce cas, pour cette activité, ce dernier sera soumis au droit commun de la responsabilité et ne pourra donc bénéficier d'un régime d'exception prévu à la section 4. A l'inverse, un acteur qui exerce strictement la seule activité de fourniture d'accès à Internet ne peut se voir imposer un régime de responsabilité propre à la fourniture de contenu. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités. Il convient donc de raisonner activité par activité si l'on veut déterminer adéquatement le régime juridique respectif applicable¹⁰.

c) Le régime de responsabilité lié à l'activité de « simple transport » (article 12)

L'article 12 de la directive 2000/31 (« Mère conduit ») vise les activités de transport de l'information et de fourniture d'un accès au réseau de communication, pour lesquelles le prestataire n'est pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et, enfin, ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission. Ces activités englobent aussi le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission (art. 12, 2).

Cette dernière forme de stockage ne doit pas être confondue avec le stockage effectué à la demande et pour le compte d'un destinataire du service (visé à l'art. 14), ni avec le stockage automatique,

⁸ Ainsi que la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, qui transpose cette directive.

⁹ A cet égard, il aurait été plus judicieux que cette section 4 de la directive soit intitulée : « Responsabilité relative à la prestation de certains services par les prestataires intermédiaires ».

¹⁰ A ce titre, il est dangereux d'utiliser la notion de Fournisseur d'Accès à Internet (FAI) lorsqu'on veut mettre en place un régime juridique qui trouve sa justification et sa légitimité dans d'autres activités (telles la fourniture active de contenus) que la simple fourniture d'accès à Internet.

intermédiaire et temporaire de copies d'informations (sur des sites dits "miroirs") aux seules fins de faciliter les consultations ultérieures (system caching visé à l'art. 13).

Comme indiqué ci-dessus, l'article 12 prévoit une exonération de responsabilité pour le prestataire qui preste l'activité précitée dès lors qu'il n'est pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et, enfin, ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

Faisant suite à la question de l'un des membres, le SPF Economie considère que si on soutient que – dans le cadre des conditions fixées à l'article 12 décrites ci-dessus – le fournisseur d'accès internet accomplirait un acte relevant du droit d'auteur, cela méconnaît le système de responsabilité des prestataires intermédiaires mis en place par la directive 2000/31/CE sur le « commerce électronique », et plus particulièrement celui relatif à l'activité de simple transport et/ou de fourniture d'accès au réseau de communication mis en place par l'article 12 de cette directive.

Selon le SPF Economie, il est évident que les dispositions des directives relatives à la propriété intellectuelle, et particulièrement des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE, ne peuvent être lues en faisant abstraction de l'existence de la directive 2000/31/CE. Au contraire, elles doivent être lues, interprétées et appliquées de manière combinée avec celles de la directive 2000/31/CE.

En effet, le seizième considérant de la directive 2001/29/CE confirme de manière claire que : « *La question de la responsabilité relative aux activités réalisées dans un environnement de réseau (...) est traitée de manière horizontale dans la directive 2000/31/CE (...). La présente directive [2001/29/CE] doit être mise en œuvre dans un délai analogue à celui fixé pour la directive sur le commerce électronique, étant donné que ladite directive établit un cadre harmonisé de principes et de dispositions qui concernent, entre autres, certaines parties importantes de la présente directive. La présente directive est sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité de [la directive sur le commerce électronique] ».* L'article 2, paragraphe 3, sous a), de la directive 2004/48 consacre le même principe, tout en visant particulièrement les articles 12 à 15 de la directive 2000/31.

Le récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 24 novembre 2011 dans l'affaire Scarlet/Sabam (C-70/10) confirme cette obligation de lire les directives précitées de manière conjointe et rappelle que les dispositions des directives 2001/29 et 2004/48 ne peuvent pas remettre en cause le régime de responsabilité spécifique mis en place dans la directive 2000/31. En effet, le considérant 34 de l'arrêt indique clairement : « *Ainsi, conformément au seizième considérant de la directive 2001/29 et à l'article 2, paragraphe 3, sous a), de la directive 2004/48, lesdites règles instaurées par les États membres ne sauraient affecter les dispositions de la directive 2000/31 et, plus précisément, les articles 12 à 15 de celle-ci ».*

Or et comme indiqué ci-dessus, l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/31/CE consacre un régime d'exonération de responsabilité pour le prestataire qui exerce une activité de simple transport (qui consiste à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service) et/ou de fourniture d'accès au réseau de communication, aux conditions précitées.

En d'autres mots, le prestataire bénéficie de l'exonération s'il ne joue aucun rôle actif dans la transmission et ne s'implique en aucune façon dans l'information transmise. Ainsi, le considérant 42 de la directive 2000/31/CE indique : « *Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la*

société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées. » et le considérant 43 : « Un prestataire de services peut bénéficier de dérogations pour le "simple transport" et pour la forme de stockage dite "caching" lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise. Cela suppose, entre autres, qu'il ne modifie pas l'information qu'il transmet. Cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission. ».

Même si l'intitulé de l'article 12 ne reprend que les mots « Simple transport », le contenu de la disposition spécifie clairement que le régime d'exonération de responsabilité s'applique au prestataire non seulement pour son activité de « transmission » mais aussi pour son activité qui consiste « à fournir un accès au réseau de communication ».

En outre, le SPF Economie considère que cet article 12 traite de la responsabilité du prestataire pour les activités décrites dans ce dernier tant pour les actes accomplis par les tiers que pour ses propres actes. En effet, dès lors qu'il se limite à exercer les actes de transmission et/ou de fourniture d'accès au réseau de communication, sa responsabilité ne peut pas être engagée du seul fait qu'il pose ces actes dans le respect strict des conditions précitées. Par contre, si l'activité exercée dépasse les conditions fixées par l'article 12, il outrepassé son activité de simple transport telle que décrite par cet article, et pourra alors voir sa responsabilité engagée en raison des actes qu'il pose. Ce serait par exemple le cas, comme le confirme le considérant 44, s'il « collaborait délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales » ou s'il mettait lui-même – activement – des œuvres sur le réseau.

Le SPF Economie considère donc, comme la majorité des membres du Conseil, qu'on peut conclure de ce qui précède que si on venait à considérer qu'un prestataire accomplit un acte relevant du droit d'auteur alors qu'il se limite à exercer une activité de simple transport et/ou de fourniture d'accès au réseau de communication telle que décrite ci-dessus, cela entraînerait la mise en cause voire l'éclatement du régime spécifique de responsabilité mis en place par la directive 2000/31/CE, ce qui serait contraire au cadre juridique européen, encore confirmé dans le récent arrêt de la CJUE du 24 novembre 2011 dans l'affaire C-70/10. Rappelons en outre que, suite à la consultation publique réalisée fin 2010 sur la directive 2000/31, la Commission européenne a déclaré qu'il ne rentrait pas dans ses intentions de réviser ladite directive dans les années à venir.

Deux membres marquent leur désaccord par rapport à cette interprétation. L'un considère que ce point donne une présentation déséquilibrée du problème car elle se focalise trop sur le régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires au détriment d'une interprétation « droit d'auteur » et l'autre demande que cette question délicate ne soit plus traitée par le Conseil de la Propriété intellectuelle au motif qu'une procédure judiciaire pourrait être engagée prochainement sur ce point. Il souligne en outre que le débat ne peut être considéré comme étant épuisé car en raison de cette possible procédure judiciaire tous les arguments juridiques n'ont pas été débattus au sein du Conseil.

Plusieurs autres membres considèrent que cette question importante ne doit pas être éludée et que les discussions dans le cadre du CPI n'entraînent pas nécessairement une unanimité. S'il existe des divergences de vue sur certaines questions, il est important que celles-ci soient expliquées et actées

dans l'avis du CPI, afin de permettre au ministre de prendre connaissance des différents points de vue.

d) Le régime de responsabilité lié à l'activité de « stockage temporaire des copies de données » (article 13)

L'article 13 de la directive 2000/31 concerne le stockage temporaire des copies de sites et services souvent consultés sur des serveurs relais mis en place par les fournisseurs d'accès. Cette technique, dite de "cache", permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés, et ainsi de désengorger les réseaux et accroître leurs performances.

Selon l'article 13 : " *En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :*

- a) le prestataire ne modifie pas l'information ;*
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;*
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;*
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ; et*
- e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible."*

Dans l'affaire Google / COPIEPRESSE, SAJ & ASSUCOPIE¹¹, le juge belge fait une application de ces principes pour décider, dans le cas d'espèce, que Google ne peut pas bénéficier de l'exonération de responsabilité car les conditions de l'article 13 ne sont pas remplies (pages 30 à 33 de l'arrêt) :

« 54. En tout état de cause, en ce qui concerne le service « en cache », il n'est nullement établi que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Google reconnaît que ce service a d'autres fonctions, notamment de permettre à l'internaute de consulter une (ancienne) page lorsque celle-ci n'est plus accessible. Comme dit plus haut, ce service ne s'apparente pas au « caching », tel qu'il est compris en informatique.

De plus, ce qui est en cause, n'est pas tant le fait de garder un article en mémoire interne – encore qu'il s'agisse incontestablement d'une reproduction par fixation – mais surtout de communiquer au public cette copie et pas l'hyperlien qui aurait permis d'avoir accès au site de l'éditeur.

¹¹ Bruxelles, 5 mai 2011.

Enfin, il a été établi que les pages pouvaient rester « en cache » pendant une très longue durée, ce qui n'est pas conforme avec l'exigence légale de transitivité éphémère.

Il s'en déduit que « le stockage « en cache » effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, soit à un « proxy caching » visé par la directive sur le commerce électronique, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage ou une copie miroir des sites consultés par le moteur de recherche. Que ce type de copies soit couvert par le régime d'exonération ne peut être défendu » ».

e) Le régime de responsabilité lié à l'activité d' « hébergement » (article 14)

L'activité d'hébergement visée à l'article 14 de la directive 2000/31 concerne le stockage et le traitement d'informations à la demande du destinataire du service sur le système (les serveurs) du prestataire. Il convient de préciser que des arrêts récents de la CJUE¹² confirment que la notion d'hébergement englobe non seulement le service d'hébergement au sens strict mais également les services de référencement assurés par les moteurs de recherche, les services de place de marché en ligne (comme eBay), etc.

Par exemple, dans l'affaire Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), le point 111 indique explicitement, et avant même d'examiner les conditions d'exonération de responsabilité, que « *Il ne saurait, en outre, être contesté que le prestataire d'un service de référencement transmet des informations du destinataire dudit service, à savoir l'annonceur, sur un réseau de communication ouvert aux internautes et stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, certaines données, telles que les mots clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel et le message commercial accompagnant celui-ci, ainsi que l'adresse du site de l'annonceur.* ».

Dans le même ordre d'idée, dans l'affaire L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09), le point 110 indique explicitement que « *S'agissant de la place de marché en ligne en cause au principal, il n'est pas contesté qu'eBay stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, des données fournies par ses clients. eBay effectue ce stockage à chaque fois qu'un client ouvre un compte vendeur auprès d'elle et lui fournit les données de ses offres à la vente. Au demeurant, eBay est, normalement, rémunérée en ce qu'elle perçoit un pourcentage sur les transactions effectuées à partir desdites offres à la vente* ».

On peut en déduire que seraient également couverts par le concept d'hébergement les services de plates-formes participatives¹³, les sites de petites annonces, etc.

Il convient néanmoins de préciser que cette qualification d'hébergeur n'entraîne pas automatiquement le bénéfice de l'exonération de responsabilité visée à l'article 14. Cette exonération ne profitera au prestataire que lorsque, après examen, on peut conclure que toutes les conditions fixées par l'article 14 sont remplies. Ainsi, le point 111 de l'arrêt L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09) indique que « *Toutefois,*

¹² Arrêt de la CJUE du 23 mars 2010, aff. Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08) ; Arrêt de la CJUE du 12 juillet 2011, aff. L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09).

¹³ L'arrêt du 16 février 2012 de la CJUE rendu dans la procédure de question préjudicielle SABAM/Netlog (aff. C-360/10) a confirmé cette interprétation. En effet, dans cet arrêt, la CJUE a indiqué au paragraphe 27 que « *À cet égard, il est tout d'abord constant qu'un exploitant d'une plateforme de réseau social en ligne, tel que Netlog, stocke sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de cette plateforme, relatives à leur profil, et qu'il est ainsi un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31.* »

le fait que le service fourni par l'exploitant d'une place de marché en ligne comprend le stockage des informations qui lui sont transmises par ses clients vendeurs ne suffit pas en soi pour conclure que ce service relève, en toute circonstance, du champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31. Cette disposition doit, en effet, être interprétée non seulement au regard de ses termes, mais également en tenant compte de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie ».

Conformément à l'article 14 de la directive, le prestataire n'est pas responsable des informations stockées à la demande du destinataire à condition que :

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente, ou
- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Le même article précise que l'exonération de responsabilité ne joue pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

Les arrêts récents précités de la CJUE nous donnent des informations utiles pour interpréter ces conditions comme indiqué ci-après.

Absence de rôle actif du prestataire de service de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données

Le prestataire de service doit se limiter à une prestation de service neutre. C'est-à-dire que les données fournies par le client ne peuvent être traitées que de façon purement technique et automatique.

Si le prestataire de service a connaissance des données ou exerce un contrôle sur ces données, il aura un rôle actif et ne tombera plus sous le champ d'application de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique et ne pourra, par conséquent, se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue dans cet article.

Google / Louis Vuitton (C-236/08) :

« 112. Encore faut-il, pour que le stockage effectué par le prestataire d'un service de référencement relève de l'article 14 de la directive 2000/31, que le comportement de ce prestataire se limite à celui d'un « prestataire intermédiaire » au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive.

114. Dès lors, afin de vérifier si la responsabilité du prestataire du service de référencement pourrait être limitée au titre de l'article 14 de la directive 2000/31, il convient d'examiner si le rôle exerce par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke.

117. De même, la concordance entre le mot clé sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute ne suffit pas en soi pour considérer que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur.

118. Est en revanche pertinent, dans le cadre de l'examen visé au point 114 du présent arrêt, le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés.

119. C'est eu égard aux considérations qui précèdent qu'il appartient à la juridiction nationale, qui est la mieux à même de connaître les modalités concrètes de la fourniture du service dans les affaires au principal, d'apprécier si le rôle ainsi exercé par Google correspond à celui décrit au point 114 du présent arrêt.»

L'Oréal / e Bay (C-324/09) :

“112. À cet égard, la Cour a déjà précisé que, pour que le prestataire d'un service sur Internet puisse relever du champ d'application de l'article 14 de la directive 2000/31, il est essentiel qu'il soit un «prestataire intermédiaire» au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 du chapitre II de cette directive (voir arrêt Google France et Google, précité, point 112).”

113. Il n'en va pas ainsi lorsque le prestataire du service, au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données (arrêt Google France et Google, précité, points 114 et 120).”

“116. Lorsque, en revanche, ledit exploitant a prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres. Il ne saurait alors se prévaloir, s'agissant desdites données, de la dérogation en matière de responsabilité visée à l'article 14 de la directive 2000/31.”

Dans l'affaire Google / COPIEPRESSE, SAJ & ASSUCOPIE¹⁴, le juge belge va dans le même sens en ce qui concerne le service Google News :

« Quant à « Google News », il a été dit plus haut que ce service ne peut être assimilé à un simple référencement comme « Google Web » et qu'il ne se limite pas à transmettre un hyperlien à l'internaute.

A cet égard, Google ne peut être assimilée à un simple « hébergeur » ; Elle ne se contente pas de stocker les informations. Elle les sélectionne, les classe dans un ordre et selon une méthode qui lui est propre, notamment en privilégiant tel article plutôt qu'un autre en le mettant en caractères gras, en reproduit une partie et même, parfois, en modifie le contenu. »

¹⁴ Bruxelles, 5 mai 2011

Précision du critère de “connaissance” dans le chef du prestataire de service

Lorsque l'affaire peut résulter dans une condamnation au paiement de dommages et intérêts, la CJUE invite à utiliser le critère de « l'opérateur économique diligent » afin d'apprécier si le prestataire a « une connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicites est apparente ».

L'Oréal / e Bay (C-324/09) :

« 120. L'affaire au principal pouvant résulter dans une condamnation au paiement de dommages et intérêts, il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si eBay a eu, par rapport aux offres à la vente en cause et dans la mesure où celles-ci ont porté atteinte à des marques de L'Oréal, une «connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicites est apparente». À ce dernier égard, il suffit, pour que le prestataire d'un service de la société de l'information soit privé du bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31, qu'il ait eu une connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité en cause et agir conformément au paragraphe 1, sous b), dudit article 14.

121. Par ailleurs, pour que les règles énoncées à l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/31 ne soient pas privées de leur effet utile, elles doivent être interprétées en ce sens qu'elles visent toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances.

122. Sont ainsi visées, notamment, la situation dans laquelle l'exploitant d'une place de marché en ligne découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicites à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celle dans laquelle l'existence d'une telle activité ou d'une telle information lui est notifiée. Dans ce second cas, si une notification ne saurait, certes, automatiquement écarter le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31, étant donné que des notifications d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées, il n'en reste pas moins qu'elle constitue, en règle générale, un élément dont le juge national doit tenir compte pour apprécier, eu égard aux informations ainsi transmises à l'exploitant, la réalité de la connaissance par celui-ci de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité. »

Le point 122 montre donc qu'une notification d'une activité ou information illicite à un prestataire de service, ne signifie pas automatiquement que ce dernier perdrait le bénéfice de l'exonération de responsabilité, car la connaissance d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées. Pour le reste, il appartient au juge d'apprécier la situation au cas par cas.

Le critère d'une rémunération éventuelle pour le service presté est-il pertinent ?

En général, pour les trois activités pour lesquelles une dérogation en matière de responsabilité est prévue par la directive sur le commerce électronique, il importe peu que le service du prestataire de service, qui intervient en tant qu'intermédiaire :

- soit payant, ou

- que le prestataire de service fixe les modalités de rémunération, ou
- que le prestataire de service donne des renseignements d'ordre général à ses clients.

Google / Louis Vuitton (C-236/08):

“116. Il y a lieu de relever que la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31.”

L'Oréal / e Bay (C-324/09) :

« 117. ... le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31. ».

Pour clôturer ce point relatif à la responsabilité des prestataires intermédiaires dans le cadre des articles 12 et suivants de la directive sur le commerce électronique, il convient d'ajouter que l'article 21 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information est également pertinent dans la discussion sur la responsabilité des activités des prestataires intervenant comme intermédiaires. Cette disposition légale les oblige notamment "à informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient. Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire."

2) Les prestataires intermédiaires qui offrent des services ne relevant pas du champ d'application des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique

Pour les prestataires qui ne peuvent pas bénéficier du régime des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique, au motif que les conditions développées ci-dessus ne seraient pas remplies, le régime de responsabilité de droit commun s'appliquera à leurs activités. Cela signifie qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'exemption de responsabilité et, conformément à la responsabilité du droit commun, ils sont tenus d'obtenir les autorisations préalables nécessaires et sont responsables du dommage qu'ils auront le cas échéant causé à des tiers du fait de leur faute ou de leur négligence. Comme déjà indiqué, seul le juge est en mesure de pouvoir vérifier le respect des conditions des articles 12 à 14, ce qu'il devra faire sur la base des éléments de faits des cas d'espèce qui lui sont soumis.

Il est évident que le prestataire qui offre du contenu en son nom propre et pour son propre compte¹⁵, ne peut être qualifié d'hébergeur au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 car les informations stockées ne sont pas « fournies par un destinataire du service ». Ce prestataire ne peut donc pas bénéficier de l'exonération de responsabilité.

¹⁵ Par exemple, iTunes, Fnacmedia, Nokia music store, Spotify, Deezer, etc.

Section 3 - Analyse des propositions de loi

L'objectif de cette section est d'analyser les propositions de loi concernant la problématique de la contrefaçon sur Internet qui ont été déposées au Parlement.

Le Conseil de la propriété intellectuelle est d'avis qu'indépendamment des questions juridiques que soulèvent ces propositions de loi, les objectifs poursuivis par ces propositions de loi, à savoir la promotion de l'offre légale et la lutte des atteintes au droit d'auteur sur Internet, sont justifiés.

A. ANALYSE DE LA PROPOSITION DE LOI 5-590/1 DE MONSIEUR JACKY MORAEL ET MADAME FREYA PIRYNS¹⁶

Généralités

La problématique du respect du droit d'auteur sur internet est complexe. D'une part, les droits, les intérêts et les investissements des différents ayants droit dans les œuvres et prestations doivent être protégés. D'autre part, les évolutions technologiques ont complètement modifié le comportement des plus jeunes générations et le partage d'œuvres et de prestations protégées par le droit d'auteur est devenu un phénomène assez fréquent.

La proposition de loi part de la thèse selon laquelle la lutte contre la contrefaçon sur Internet doit être abandonnée.

“Cette proposition de loi a un tout autre objectif que cette vision répressive, inefficace et passéiste de la rémunération du droit d'auteur.”

Voir également en page 2 de l'exposé des motifs: *“Mais ce droit est impossible à appliquer tel quel pour des raisons techniques.”* ou “dernier alinéa de la page 3: *“L'émergence d'un marché du « téléchargement légal » ne pourra pas durablement empêcher ou remplacer le « téléchargement illégal », à cause de la concurrence persistante des plateformes dites illégales, qui survivront quelque soit la technique de répression mise en œuvre.”*

C'est pourquoi un système de licence globale est proposé dans lequel le système actuel de droits exclusifs est remplacé par un système de « licence globale » avec en contrepartie des droits à rémunération.

L'objectif de ce système est essentiellement d'offrir de la sécurité juridique aux utilisateurs d'internet pour leurs actes sur internet et de rémunérer les créateurs et autres ayants droit.

Commentaire des articles

Article 1er : **La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.**

Pas de commentaire.

¹⁶ Proposition de loi déposée par M. Jacky MORAEL et Mme Freya PIRYNS visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, *Sénat 2010-2011*, document 5-590/1

Article 2: **Dans la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins est inséré un chapitre VII/1, intitulé « Partage d'œuvres protégées sur Internet » comprenant les articles 78-1 à 78-4 rédigés comme suit :**

Commentaire

Remarque technique (légistique) : une autre numérotation est élaborée dans la loi relative au droit d'auteur (LDA) pour ajouter des articles : par exemple pour l'article 87bis, 61bis, quater...

- Terminologie/ définitions

- a) L'intention de la proposition de loi semble être qu'il faut également comprendre les droits voisins. Le titre devrait être libellé : « Le partage sur internet d'œuvres et prestations protégées ». Le commentaire de la proposition de loi semble également indiquer que tous les types d'œuvres doivent tomber dans le champ d'application de la licence globale (entre autres musique, littérature, audiovisuel,...).
- b) Les notions de "partage" et d'"échange" d'œuvres et de prestations protégées sont imprécises et doivent être clarifiées sur le plan juridique. A cet égard, il est renvoyé à la section qui décrit la portée des droits de « reproduction » et de « communication au public » (mise à disposition du public) d'œuvres et de prestations.
- c) La proposition de loi vise-t-elle uniquement les systèmes types « peer to peer » ou, comme le titre du nouveau chapitre le laisse supposer, vise-t-elle de manière générale tous les systèmes d'échange de fichiers via l'Internet (technologiquement neutre), donc également via par exemple des sites qui conservent et rendent accessibles des fichiers de leurs utilisateurs, comme Rapidshare, Megaupload etc.
- d) IP: La notion d' « internet provider » vise probablement le fournisseur d'accès à internet.

Article 78-1, § 1^{er} LDA. Sans préjudice de l'article 1er, les sociétés peuvent autoriser les fournisseurs d'accès à internet, ci-après dénommés « FAI », à permettre l'échange par leurs clients à des fichiers dont le contenu est protégé par le droit d'auteur par voie de licence globale.

Ces licences résultent de négociations libres entre une ou plusieurs sociétés de gestion et un ou plusieurs FAI qui s'entendent notamment sur les rémunérations à percevoir par les sociétés de gestion au titre de la licence globale.

Commentaire

Selon un tel système de licence globale, une œuvre peut, dès qu'elle est mise en ligne (soit de manière légale, soit au moyen d'une copie illégale), être partagée entre les usagers d'internet sans contrôle supplémentaire de l'ayant droit. L'ayant droit n'aurait qu'une action sur une partie de la rémunération mise à charge du fournisseur d'accès à internet et/ ou des abonnés (ladite contribution créative). Ce modèle permettrait en principe aux usagers d'internet en Belgique de partager sur internet des quantités illimitées d'œuvres et de prestations protégées par le droit d'auteur.

Pour pouvoir organiser un tel système, il faudrait modifier le cadre légal actuel tant du côté de la mise à disposition (upload) que du côté du téléchargement (download).

Comme il s'agit de droits exclusifs (cf. Section I), une licence obligatoire devrait être introduite tant pour la mise à disposition (upload) que pour le téléchargement (download) (reproduction) (les termes de la proposition de loi n'indiquent pas clairement quel système les auteurs avaient en vue).

a) Analyse juridique

Avant tout, il convient de signaler que cette proposition de loi omet d'expliquer clairement comment un tel système doit être organisé juridiquement. Dans le commentaire des articles (p. 5), il est dit que le système de licence globale « réaffirme le principe du droit exclusif de l'auteur ». Cela signifie-t-il que les auteurs (uniquement les auteurs, quid des autres ayants droit ?) ne perdraient pas leurs droits exclusifs ? En effet, le modèle de licence globale prévoit qu'une société de gestion représentative négocierait librement avec les FAI. Si un accord ne pouvait pas être trouvé, le Roi devrait prendre une décision concernant le montant de la rémunération. Cela montre une contradiction, puisque selon le Conseil, la licence globale semble transformer le droit exclusif en un droit à rémunération (une licence non volontaire).

L'Office de la Propriété Intellectuelle interprète le modèle proposé de "licence globale" comme une licence non volontaire. La licence non volontaire est un mécanisme qui implique que le droit exclusif est transformé en licence délivrée par le législateur et compensée par un droit à rémunération et peut se manifester sous deux formes, à savoir, d'une part, une licence obligatoire en vertu de laquelle l'ayant droit négocie une rémunération avec la partie adverse et, d'autre part, une licence légale par laquelle l'Etat fixe le montant de la rémunération.

Dans la proposition de loi Groen/Ecolo, les deux formes de licence non volontaire interviennent. De telles formes de la licence non volontaire doivent être qualifiées d'exception au droit d'auteur et droits voisins.

Le Conseil s'interroge à titre préliminaire sur la justification que la proposition de loi donne pour une telle dérogation à la liberté contractuelle, à savoir l'impossibilité pratique de faire respecter les droits en ligne et l'absence d'instruments juridiques à cet effet¹⁷. Certaines catégories d'ayants droit indiquent qu'elles sont en mesure de gérer leurs droits en ligne et souhaitent ne pas abandonner leurs droits exclusifs et la liberté et la flexibilité que ceux-ci offrent en échange de droits à rémunération.

On peut ensuite se demander dans quelle mesure une telle licence non volontaire est compatible avec l'acquis communautaire dans le domaine du droit d'auteur et des obligations internationales de la Belgique. Comme nous l'avons déjà dit, la licence non volontaire doit être considérée comme une exception au droit d'auteur et aux droits voisins à laquelle un droit à rémunération est lié.

L'article 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information prévoit une liste exhaustive d'exceptions aux droits exclusifs de reproduction et de communication au public (droit de mise à disposition du public) que les Etats membres peuvent introduire ou conserver dans leur législation nationale. Une telle exception pour l'échange d'œuvres via des systèmes « peer to peer » ou via l'internet n'est pas prévue dans cette liste limitative. On peut donc se demander un tel modèle peut être prévu au niveau

¹⁷ Page 4, alinéa 3: "Dans l'état actuel de l'ordre juridique belge et européen, il n'existe pas de dispositions qui puniraient spécifiquement le partage par Internet d'œuvres protégées."

belge. La Belgique risque donc que la Commission européenne engage une procédure d'infraction à son égard pour non-respect de l'acquis communautaire en la matière.

Au niveau international, le test en trois étapes est la norme générale pour l'admissibilité des exceptions et limitations au droit d'auteur et droits voisins. L'article 9(2) de la Convention de Berne (relative au droit d'auteur, uniquement en rapport avec le droit de reproduction), l'article 15 de la Convention de Rome (droits voisins, renvoie à l'article 9(2) de la Convention de Berne), l'article 13 de l'accord sur les ADPIC (relatif au droit d'auteur et aux droits voisins, applicable à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public), ainsi que l'article 10 du WCT (relatif au droit d'auteur, applicable à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public) et l'article 16 du WPPT (relatif aux droits voisins dans le secteur de la musique, applicable à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public) et l'article 5(5) de la Directive 2001/29/CE (droit d'auteur et tous les droits voisins, applicable à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public) consacrent cette norme.

Le test en trois étapes implique que les Etats membres restreindront *“les limitations et exceptions à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.”*

La première étape: “Certains cas spéciaux”

On peut se demander si une exception générale consistant en une licence non volontaire pour l'échange de (toutes catégorie d') œuvres et prestations protégées via des systèmes P2P/ sur l'Internet est suffisamment spécifique. Par ailleurs la question se pose de savoir si cette exception est conforme avec la liste d'exceptions prévue par la directive 2001/29/CE qui est limitative.

La deuxième étape: “ne pas porter atteinte à l'exploitation normale des œuvres”

Dans l'affaire IMRO¹⁸, l'Organe de règlement des différends de l'OMC s'est prononcé sur l'interprétation du test en trois étapes énoncé à l'article 13 de l'accord sur les ADPIC dans le cadre d'une plainte des Communautés européennes contre les Etats-Unis concernant le “Loi sur la loyauté dans le domaine des droits musicaux” (Fairness in Music Licensing Act).

Le groupe spécial de règlement des différends de l'OMC a indiqué en rapport avec la deuxième condition du test en trois étapes que la question de savoir si une limitation ou une exception est contraire à l'exploitation normale d'une œuvre doit être appréciée séparément pour chaque droit exclusif. Si certaines formes d'utilisation, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles, il y aura une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre¹⁹.

La licence globale proposée (licence non volontaire) apporte d'importantes restrictions et limites au caractère exclusif des droits qui vont plus loin que les situations autorisées par les conventions internationales précitées. Vu la présence et le développement de nouveaux modèles d'entreprise pour l'utilisation du contenu numérique, on peut dès lors se demander si un système de licence globale peut résister à la deuxième étape du test en trois étapes. En outre, on peut se demander si l'introduction d'un tel système ne se ferait pas aux dépens de la croissance du commerce légitime en

¹⁸ http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds160_f.htm.

¹⁹ Point 6.183 du rapport WT/DS160/R, voir également note en bas de page 15 de ce document de travail

ligne. Le modèle ne semble dès lors pas être conforme aux conditions du test en trois étapes qui doivent être respectées par le législateur national.

La troisième étape, enfin, prévoit que l'exploitation normale de l'œuvre ne peut pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Le dommage atteint un niveau déraisonnable quand une exception occasionne ou pourrait occasionner une perte de bénéfice déraisonnable au titulaire du droit. C'est également le cas lorsque l'exception a pour conséquence qu'un marché important échappe aux ayants droit.

Vu l'analyse des deux étapes précédentes, il n'est pas nécessaire de soumettre le modèle proposé à cette troisième étape.

On peut donc conclure qu'il existe des doutes sérieux sur la comptabilité de cette proposition de loi avec le cadre européen (Directive 2001/29/CE) et les obligations internationales, à savoir le teste en trois étapes, sur la base des diverses conventions en matière de droit d'auteur et de propriété intellectuelle (Berne, Accord sur les ADPIC, WCT et WPPT) qui lient la Belgique.

b) Limitations juridiques et pratiques du modèle

- Soutien limité

La grande majorité des représentants d'ayants droit est opposée à l'introduction du système tel que proposé qui d'une manière générale réduit leurs droits exclusifs à des droits à rémunération.

- Usagers d'internet qui n'échangent pas d'œuvres

Un mécanisme de contrat est prévu pour l'échange d'œuvres protégées par les utilisateurs finaux. La licence obligatoire ne permet normalement pas aux utilisateurs finaux de choisir de payer ou non la contribution créative (voir ci-après lors de la discussion de l'article 78-1, §2 concernant les rémunérations). Des représentants des ayants droit considèrent qu'une telle approche indifférenciée est inhérente aux mécanismes de licence légale qui mutualise la charge de la rémunération et a été admise par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Padawan (arrêt du 21 octobre 2010 dans l'affaire C 467/08).

Les représentants des consommateurs sont au contraire d'avis que l'indifférenciation de la rémunération ne peut être admise que lorsqu'il n'est pas possible en pratique de différencier. En ce qui concerne la rémunération qui serait due par ou pour le compte des internautes en échange d'une licence d'échange et de téléchargement d'œuvres protégées, il est en pratique possible de prévoir un système d'opt out pour les personnes qui n'ont pas besoin d'une telle licence.

- Limitations territoriales

Indépendamment des remarques juridiques précitées, un tel modèle ne pourrait être organisé que sur le territoire belge. En raison du principe bien connu de territorialité du droit d'auteur, un modèle belge ne peut pas avoir d'effet extraterritorial et la portée d'une licence globale doit rester limitée aux usagers d'internet établis sur le territoire belge.

En pratique, cela semble très difficile à réaliser. On peut se demander si l'accès aux œuvres qui sont uploadées dans un environnement P2P (ou via une autre plate-forme) par des usagers d'internet via le réseau d'un FAI, qui sont établis sur le territoire belge, peut techniquement être bloqué au départ de la Belgique pour les usagers d'internet qui se trouvent dans un autre pays. En d'autres termes, les fichiers peuvent-ils être échangés sur l'internet entre abonnés belges, sans que les usagers d'internet établis en dehors des frontières nationales ne puissent accéder à ces œuvres protégées ?

Un membre se demande en outre si un tel système de filtrage, en admettant qu'il puisse en pratique être mis en œuvre, serait conforme à l'interdiction d'imposer une obligation générale de surveillance telle qu'imposée par la directive 2000/31.

La licence belge globale, si un tel système était effectivement retenu, contribuerait de cette manière au volume de "l'offre illégale" dans le reste du monde et la Belgique pourrait même en être tenue responsable dans le cadre d'une procédure devant un Groupe spécial de l'OMC dans le cadre de l'accord ADPIC ou dans le cadre d'une procédure d'infraction qui pourrait être initiée par la Commission européenne devant la Cour de Justice.

- Limitations en ce qui concerne le répertoire

1) Toutes les catégories d'œuvres et tant le droit d'auteur que les droits voisins

- Les usagers d'internet qui payent la contribution créative souhaitent bénéficier d'une offre étendue. Le modèle s'applique à toutes les catégories d'œuvres (tous les ayants droit - droit d'auteur - droits voisins).

- La proposition ne prévoit pas d'approche sectorielle (différences et particularités en ce qui concerne la production, la diffusion et les « release windows », consommation et évolution numérique notamment pour le secteur audiovisuel).

2) Répertoire mondial

Actuellement, l'absence, dans les accords de représentation réciproque entre sociétés sœurs, des droits pour l'exploitation des œuvres via des systèmes d'échange P2P a pour conséquence que les sociétés de gestion actives en Belgique ne représentent qu'un faible répertoire pour la gestion de ce type de droits. Il s'agit essentiellement des ayants droit établis en Belgique qui leur ont contractuellement confié la gestion de ce type de droits. La plupart des ayants droit établis à l'étranger et des sociétés de gestion actives à l'étranger n'ont pas confié aux sociétés de gestion actives sur le territoire belge la gestion de leurs droits d'exploitation pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet et n'ont pas l'intention de le faire. Les producteurs et les éditeurs préfèrent d'ailleurs gérer eux-mêmes leurs droits exclusifs pour la mise à disposition d'œuvres en ligne.

Juridiquement une licence légale aurait pour effet de donner, par l'effet de la loi, un mandat à une ou plusieurs sociétés de gestion de gérer pour le compte de tous les ayants droit protégés en Belgique y compris les ayants droit établis à l'étranger, les droits afférents aux actes d'exploitation couverts par la licence légale.

Cependant une telle mesure aurait pour effet d'accroître artificiellement la représentativité des sociétés de gestion actives sur le territoire belge et cela à l'encontre de la volonté de la grande majorité des ayants droit dont les œuvres sont exploitées sur le territoire belge.

Dans ce cas, il est fort probable que la Belgique soit citée devant un “panel spécial de règlement des différends” de l’Organisation mondiale du Commerce pour violation des obligations découlant de l’accord ADPIC (voir ci-dessus, chapitre remarques juridiques).

En outre, si la Belgique est citée devant un tel groupe spécial de règlement des différends de l’OMC, la Commission européenne devra aussi intervenir dans la procédure. Cela entraînerait une situation paradoxale puisque la Commission peut elle-même envisager de lancer une procédure d’infraction pour non-respect de l’acquis communautaire. L’idée d’une “licence globale” n’est en effet pas nouvelle. Dans le cadre des activités parlementaires relatives à la transposition de la directive 2001/29/CE par la France (loi DADVSI 2005-2006), la Commission européenne s’est déjà prononcée de manière négative sur l’approbation inattendue par l’Assemblée nationale de l’amendement n° 153 de M. Alain Sugeno qui prévoyait l’introduction d’une “licence globale”. Après une intense concertation entre la Commission européenne et le Gouvernement français, la “licence globale” a été supprimée du texte par le Sénat français. L’assemblée nationale a ensuite enlevé les dispositions relatives à la licence globale en deuxième lecture (cette fois en composition plénière)²⁰. Compte tenu de ce qui précède et du fait qu’il existe déjà un précédent au niveau de l’Organisation mondiale du Commerce sur l’interprétation du test en trois étapes, il est fort probable qu’un groupe spécial de règlement des différends donne tort à la Belgique.

Il convient en outre d’attirer l’attention sur la proposition de directive concernant la gestion collective des droits d’auteur et des droits voisins et la concession de licences multi territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (COM 2012-372) et de poser la question de savoir quelles seront les implications potentielles de cette future directive à ce sujet²¹.

Enfin un membre représentant les ayants droit soulève la question de la définition des critères de répartition des droits par les sociétés de gestion actives en Belgique qui seraient investies du pouvoir de représenter l’ensemble du répertoire représenté en Belgique mais qui n’en représente qu’une faible partie sur base contractuelle pour les droits de mise à disposition en ligne.

- Concurrence avec l’offre légale

- Comme cela est mentionné dans l’analyse juridique du test en trois étapes, un modèle de licence légale signifierait une concurrence déloyale pour l’offre légale. Comment éviter que l’introduction d’un tel modèle ne crée un frein pour le développement et la croissance des nouveaux modèles économiques qui sont actuellement en train d’émerger (par exemple, le streaming de films et de musique, le marché de l’e-book, la presse en ligne) ? Certaines catégories d’ayants droit comme les producteurs et les éditeurs ont davantage de possibilités d’exploiter effectivement leurs droits de manière individuelle. Quel sera l’impact de l’introduction d’un système de licence globale sur l’offre

²⁰ <http://www.clubic.com/actualite-33077-l-assemblee-nationale-adopte-la-loi-dadvs.html>

²¹ En effet cette proposition de directive vise à encourager à la fois les ayants droit et les sociétés de gestion à agréger les répertoires sur une base volontaire de façon à permettre l’octroi de licences multi territoriales aux fournisseurs de musique en ligne et à imposer des exigences plus contraignantes aux sociétés qui délivrent de telles licences étant donné qu’elles auront une responsabilité plus importante tant vis-à-vis des ayants droit que vis-à-vis des fournisseurs de musique en ligne. Si, par l’effet d’une mesure législative belge, les droits pour l’exploitation en ligne en Belgique des œuvres et prestations protégées sont obligatoirement confiées aux sociétés de gestion actives en Belgique, ces ayants droit ne pourront plus décider eux-mêmes pour l’exploitation en Belgique de la société de gestion remplissant les conditions prévues dans la proposition de directive à laquelle ils confieront la gestion de leurs droits pour l’octroi de licences multi territoriales.

légale d'œuvres protégées comme par exemple les i-tunes? Un consommateur choisira presque toujours la solution "la plus avantageuse financièrement" si cette possibilité lui est offerte. Les auteurs de la proposition de loi le confirment en effet également au dernier alinéa de la page 3 (Développements, point 2.²²).

- Impact sur le financement des œuvres

Il est à prévoir des effets négatifs également sur le financement des œuvres, et notamment des œuvres audiovisuelles dont l'économie est totalement différente de celle d'autres catégories d'œuvres. Ces effets potentiels devraient être étudiés en détail avant toute initiative législative.

- Relations contractuelles

La proposition de loi prévoit que « les sociétés peuvent autoriser les fournisseurs d'accès à internet, ci-après dénommés « FAI », à permettre l'échange par leurs clients à des fichiers dont le contenu est protégé par le droit d'auteur par voie de licence globale. Ces licences résultent de négociations libres entre une ou plusieurs sociétés de gestion et un ou plusieurs FAI qui s'entendent notamment sur les rémunérations à percevoir par les sociétés de gestion au titre de la licence globale. »

Dans le cadre de ces "négociations libres", les FAI pourraient négocier comme simple intermédiaire au nom de leurs abonnés en ce qui concerne le montant de la contribution créative qui doit être liée aux deux catégories d'abonnement internet.

La question se pose toutefois de savoir qui donne l'autorisation aux clients des fournisseurs d'accès Internet d'échanger via Internet des fichiers dont le contenu est protégé par le droit d'auteur. S'agit-il comme le prévoit l'article 78-1, §1^{er}, en projet des sociétés de gestion qui donnent via les fournisseurs d'accès Internet une telle autorisation à leurs clients ? Ou bien s'agit-il du législateur ? En effet, l'article 78-1, §3, en projet prévoit qu'à défaut d'accord (...), le Roi fixe lui-même les rémunérations pour les différentes catégories d'abonnement sur la base des rémunérations de l'année précédente. On peut également se demander si dans le modèle proposé il existerait une relation contractuelle entre l'utilisateur d'internet et la société de gestion représentative. La licence globale régularise en effet par la loi le comportement internet des consommateurs. Dans cette hypothèse, une intervention (licence) d'une société représentative de tous les ayants droit ne serait dans cette hypothèse donc pas nécessaire. Cela signifierait également que les actes pertinents des usagers internet sont couverts par la loi, même si le FAI ne paye pas la contribution créative (par exemple, les rémunérations imposées par arrêté royal - analogie avec les exceptions (licences obligatoires) pour copie privée, droit de prêt par exemple.

Article 78-1, § 2 LDA. Au plus tard pour le 31 janvier de chaque année, un accord est obtenu concernant les rémunérations à percevoir pour chacune des catégories d'abonnement Internet mensuel suivantes :

- a) abonnement moyen-débit : qui permet un volume mensuel d'upload et de download supérieur à 5 et inférieur ou égal à 30 gigas;**
- b) abonnement haut-débit : qui permet un volume mensuel d'upload et de download supérieur à 30 gigas.**

²² « Entre un morceau de musique, un film, une série télévisée ou un livre disponibles pour lesquels il faut payer et la même œuvre disponible gratuitement, une majorité d'internautes choisira évidemment la solution la plus économique. »

Cet accord est rendu obligatoire par arrêté royal. Le Roi pourra modifier la catégorie d'abonnement pour l'adapter aux éventuelles évolutions technologiques.

Commentaire

La proposition de loi prévoit des tarifs devant être liés à deux catégories d'abonnement internet (moyen et haut-débit : 5-30Gb et plus de 30 Gb). Ces tarifs sont rendus obligatoires par arrêté royal.

Un tel modèle de licence globale pourrait engendrer des réactions négatives chez certains usagers d'internet qui ne pratiquent pas des échanges d'œuvres et de prestations protégées, puisqu'il prévoit une "mutualisation" du coût de la contribution créative parmi la plupart des usagers d'internet. La licence obligatoire telle que proposée ne permet donc pas aux usagers de choisir de payer ou non la contribution créative. Les usagers d'internet qui ne souhaitent pas utiliser le modèle P2P, mais ont cependant une connexion à large bande (également pour d'autres raisons, par exemple le streaming légal, la télévision digitale, etc.) et préfèrent l'offre légale pourraient s'estimer en quelque sorte pénalisés puisqu'en principe ils seraient amenés à payer la contribution créative (rémunération) alors qu'ils n'accomplissent pas d'actes d'échanges d'œuvres protégées sur Internet.

Certains représentants des ayants droit considèrent qu'une telle approche indifférenciée est inhérente aux mécanismes de licence légale qui mutualise la charge de la rémunération et a été admise par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Padawan (arrêt du 21 octobre 2010 dans l'affaire C 467/08).

D'autres représentants d'ayants droit indiquent que l'approche qui consiste à mutualiser la charge de la contribution créative et donc à ne pas différencier entre les utilisateurs qui échangent des œuvres protégées sur Internet et ceux qui n'accomplissent pas de tels actes, enfreint le droit exclusif et met en danger le développement actuel de "business models" visant à permettre l'accès aux œuvres protégées dans l'environnement numérique.

Les représentants des consommateurs sont au contraire d'avis que l'indifférenciation de la rémunération ne peut être admise que lorsqu'il n'est pas possible en pratique de différencier. En ce qui concerne la rémunération qui serait due par ou pour le compte des internautes en échange d'une licence d'échange et de téléchargement d'œuvres protégées, il est en pratique possible de prévoir un système d'opt out pour les personnes qui n'ont pas besoin d'une telle licence.

Article 78-1, §3 LDA. À défaut d'accord visé au paragraphe 2, le Roi fixe lui-même les rémunérations pour les catégories d'abonnement visées à l'alinéa 1er sur la base des rémunérations de l'année précédente, éventuellement indexées.

Commentaire

A défaut d'accord, le Roi peut fixer lui-même les montants des rémunérations. De l'avis du Conseil, cette disposition soulève la question de savoir si le modèle proposé concerne une licence non volontaire qui, à défaut d'accord entre les sociétés de gestion et les fournisseurs d'accès, peut devenir une licence légale.

En effet, il convient de se demander quel est le statut de l'accord auquel aboutiraient les sociétés de gestion et les fournisseurs d'accès Internet fixant le montant de la rémunération. S'agit-il d'une

licence contractuellement accordée sur base du droit exclusif de mise à disposition du public ou s'agit-il d'un accord sur le montant de la rémunération dans le cadre d'une licence volontaire étant donné que l'autorisation de mise à disposition est par ailleurs donnée par le législateur ? Par ailleurs, si pour la première année après l'entrée en vigueur de la proposition il n'y a pas d'accord, qui peut fixer le montant de la rémunération ? Il n'est pas certain que ce soit le Roi puisqu'il ne peut le faire que sur base des rémunérations de l'année précédente.

Article 78-2 LDA: La licence globale bénéficie à l'ensemble des ayants droit associés ou non de la société signataire.

Commentaire

La proposition vise à instituer par la loi une société de gestion représentative par analogie aux sociétés Auvibel et Reprobel qui sont chargées de percevoir et de répartir les droits à rémunération dans le cadre des licences légales pour copie privée et reprographie (voir également le nouvel article 78-4).

Tous les (toutes les catégories d') ayants droit (également ceux qui ne sont pas affiliés) peuvent s'adresser à cette société de gestion pour la répartition de la rémunération (également par analogie au régime relatif à la reprographie et à la copie privée).

Actuellement, aucune société de gestion existante ne dispose de tous les droits nécessaires afin d'autoriser l'échange de tous les fichiers possibles (toutes les catégories d'œuvres, tant droit d'auteur que droits voisins) via l'internet.

Article 78-3 LDA: L'Institut belge des services postaux et de télécommunications (IBPT) dressera annuellement, au plus tard pour le 31 janvier de chaque année, une cartographie générale, indépendante et anonyme des usages d'Internet en Belgique pour l'année précédente.

Il mènera pour cela une enquête auprès d'un échantillon représentatif et volontaire d'utilisateurs d'Internet. Le Roi fixera les modalités de l'établissement de cette enquête annuelle dans le respect absolu de la vie privée des usagers. Aucune donnée privée (comme des adresses IP), ou toute autre information à caractère personnel ne pourra être recherchée ou conservée par l'IBPT.

Commentaire

L'échantillon proposé n'est pas suffisamment clair. V-a-t-on effectivement contrôler de manière anonyme ou demander à un certain nombre d'utilisateurs d'internet de décrire concrètement leurs usages d'internet de sorte que cela puisse être extrapolé? Peut-on vérifier d'un point de vue technique quel contenu (musique, film, etc.) est échangé? Dans l'affirmative, on peut également vérifier quels titres sont les plus échangés (beaucoup plus précis)?

Article 78-4 LDA:

§ 1^{er}. Selon les conditions et les modalités qu'il fixe, le Roi charge une société coopérative à responsabilité limitée représentative de l'ensemble des sociétés de gestion des droits d'assurer la perception et la répartition des droits issus de la licence globale.

§ 2. Une fois les montants de la licence globale perçus par la société visée au paragraphe 1er, ceux-ci sont répartis entre les différentes sociétés de gestion au terme d'une clé de répartition qu'elles négocieront entre-elles. Pour objectiver cette clé de répartition, les sociétés de gestion pourront facultativement s'appuyer sur la cartographie générale et anonyme du flux internet en Belgique telle que prévue à l'article 78-3.

§ 3. La rémunération visée à l'art. 78-1 est versée au plus tard le 15 décembre de chaque année aux auteurs, artistes-interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles. »

Commentaire

- Avec le système proposé, il est impossible de prévoir un dédommagement complet des différents ayants droit. Si l'on part du principe qu'un échange de l'ensemble des œuvres et prestations protégées est visé par cette proposition de loi, cela signifie que la contribution créative limitée devra être partagée entre une grande variété (de catégorie) d'ayants droit. Ces catégories d'ayants droit ne sont en outre pas toujours représentées par des sociétés de gestion. En guise d'illustration: au sein de la catégorie des auteurs par exemple, la part réservée aux auteurs doit être répartie entre auteurs littéraires (entre autres, journalistes, écrivains, auteurs d'art graphique), auteurs de musique (compositeurs et paroliers), auteurs d'œuvres audiovisuelles, auteurs de programmes informatiques.

- Les titulaires de droits y compris les producteurs et les éditeurs considèrent qu'ils ne peuvent pas récupérer leurs investissements dans leurs œuvres et prestations. Les titulaires de droit notamment les producteurs et les éditeurs voient en effet leurs droits ramenés à des droits à rémunération. Un tel système ne leur procurerait qu'une rémunération marginale ou très faible en comparaison avec l'exploitation actuelle des œuvres/prestations. L'intensité de l'exploitation de l'œuvre ou de la prestation, sa valeur de conception et de fabrication, ne seront plus nécessairement les critères déterminants des revenus. Les producteurs et les éditeurs estiment que l'incitant à investir dans du contenu premium de grande valeur disparaît. Selon eux, le système proposé ne garantit pas suffisamment la pérennité des secteurs créatifs.

- La clé de répartition doit être négociée par les sociétés de gestion (membres de la société de gestion représentative) entre elles. Quels sont les rapports concernant le pouvoir décisionnel relatif à la répartition de la contribution créative entre les différents ayants droit ? (s'agit-il uniquement de sociétés de gestion membres de la société de gestion représentative qui y ont une voix ? Quid des autres ayants droit ? Certains ayants droit comme les éditeurs et producteurs de jeux vidéo et de logiciels ne sont pas réunis dans des sociétés de gestion.

- L'analyse annuelle IBPT peut ici être utilisée comme base objective Est-ce la seule possibilité à envisager?

- Les producteurs de logiciels et organismes de radiodiffusion ne sont pas mentionnés dans la liste des bénéficiaires de la contribution créative. Cela signifie-t-il que leurs droits exclusifs sont laissés intacts ? Ne peuvent-ils pas participer à la répartition de la rémunération créative ? Le logiciel est protégé via le droit d'auteur, donc normalement, les producteurs de logiciels devront pouvoir faire

appel à une partie de la contribution créative réservée à la catégorie des auteurs. Les organismes de radiodiffusion possèdent des droits voisins sur leurs émissions. Un échange via l'Internet de reproductions de leurs émissions met en jeu également les droits des organismes de radiodiffusion.

Article 3: L'article 2, § 1er, de la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique des prix, modifiée par la loi du 23 décembre 1969, est complété par un alinéa 2 rédigé comme suit: « Il fixe à tout le moins un prix maximum pour la fourniture de gaz, d'électricité et d'accès à Internet. Pour la fourniture d'accès à internet il détermine trois catégories distinctes d'abonnement en fonction du volume mensuel d'upload et de download auquel l'abonnement donne accès. »

Commentaire

L'exposé des motifs indique que "la contribution créative ne doit pas être répercutée sur la facture de l'utilisateur."

Cette disposition semble indiquer que le FAI doit payer le montant imposé par le Roi à la société de gestion représentative sans que le fournisseur ne puisse réellement facturer cette contribution au consommateur.

Il convient d'examiner si la valeur des œuvres et prestations est de cette manière bien inférieure à la valeur intrinsèque via l'exercice par les ayants droit de leurs droits exclusifs.

B. ANALYSE DE LA PROPOSITION DE LOI 5-741/1 DE M. Richard MILLER²³

La disposition de l'article est systématiquement indiquée, suivie par un commentaire de la disposition.

Article 2

Cette disposition est libellée comme suit :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par :

- 1° ministre : le ministre qui a l'Économie dans ses attributions ;**
- 2° fournisseur d'accès : un opérateur de la société de l'information qui fournit un accès au réseau de communication électronique ;**
- 3° titulaire : toute personne physique ou morale titulaire d'un numéro attribué par un fournisseur d'accès pour la fourniture de communication électronique et qui utilise un service de communication électronique en exécution d'un contrat passé avec un fournisseur d'accès;**
- 4° Conseil : le Conseil de la protection des droits d'auteur sur Internet. »**

Commentaire

Cet article définit un certain nombre de notions.

On peut se demander si par le terme "provider" à l'article 2, 2°, on vise un fournisseur d'accès au sens de l'article 12 de la directive sur le commerce électronique. Si c'est le cas, il faut également renvoyer plus clairement à cet article et à sa transposition en droit belge (article 18 de la loi du 11 mars 2003).

Avec le "Conseil de la protection des droits d'auteur sur Internet" au 4°, en plus des commissions et organes consultatifs actuels en matière de droits d'auteur, un nouvel organe est créé, qui est décrit plus en détail à l'article 25 de la proposition de loi. Est-ce réalisable en pratique ?

Article 3

Cette disposition est le premier article du **Chapitre II : De la lutte contre les sites Internet illégaux**, qui contient également l'article 4, et est libellée comme suit:

« L'article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information est complété par un alinéa 3 rédigé comme suit :

« La décision prise par le procureur du Roi s'impose à tous les fournisseurs d'accès permettant l'hébergement de l'activité ou de l'information illicite visée au premier alinéa. »»

Commentaire

L'article 3 de la proposition prévoit que la décision prise par le procureur du Roi dans le cadre de l'article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003²⁴ (copiage, inaccessibilité ou retrait des documents stockés

²³ Proposition de loi favorisant la création culturelle sur Internet, déposée par M. Richard Miller, Sénat 2010-2011, 5-741/001

après qu'un intermédiaire qui a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite la communique sur le champ à ce procureur), « s'impose à tous les fournisseurs d'accès permettant l'hébergement de l'activité ou de l'information illicite en question ».

Cette disposition appelle les questions suivantes : la disposition ne fait-elle pas une confusion entre le type d'intermédiaire ou, à tout le moins, le type de service qu'il offre (fourniture d'accès versus hébergement) ? La disposition ne fait-elle pas une confusion entre le type de décision prise par le procureur du Roi : bloquer un site web (particulièrement s'il est hébergé à l'étranger), c'est différent de rendre inaccessible voire de retirer une information hébergée sur des serveurs d'un prestataire belge ? Une telle disposition relative aux FAI est-elle la mieux placée dans un article qui concerne l'activité d'hébergement ? Une telle décision est-elle prise souvent en pratique ? Est-ce une priorité du parquet ?

Sur son principe, la disposition proposée mérite néanmoins d'être étudiée. Celle-ci pourrait par exemple être facultative et distinguer suivant le type de prestataires intermédiaires impliqués et le type de mesure prise : « Le procureur du Roi peut, eu égard au prestataire impliqué par la décision et au type de décision prise, imposer cette décision à l'ensemble des prestataires de même catégorie permettant l'accès à l'activité ou l'information illicite visée au premier alinéa ». Une telle mesure devrait toutefois être étudiée dans le cadre d'une réflexion plus générale sur la structure et le contenu des articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003, actuellement menée par le SPF Economie.

Article 4

L'article 4 est libellé comme suit :

Dans l'article 26 de la même loi les modifications suivantes sont apportées :

1° le paragraphe 4 est complété à la fin par le membre de phrase suivant: « ainsi que les prestataires qui refusent de fournir la collaboration requise sur la base de l'article 21, § 1er, alinéa 2, ou de l'article 21, § 2. » ;

2° le 3° du paragraphe 5 est supprimé.

Commentaire

L'article 4 de la proposition propose de sanctionner plus lourdement les prestataires qui refusent de fournir la collaboration requise sur la base de l'article 21, §1er, alinéa 2 ou de l'article 21, §2, de la loi du 11 mars 2003.

Cette disposition appelle la question suivante : est-il adéquat d'introduire cette disposition dans l'article 26, §4, dont la sanction est conditionnée à la preuve de la « mauvaise foi » ? La question du cadre juridique et pratique dans lequel cette collaboration s'opère mérite d'être traitée et améliorée, avant de s'interroger sur la question de l'alourdissement de la sanction.

²⁴ L'article 20, §3, actuel de la loi du 11 mars 2003 prévoit : « Lorsque le prestataire a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite, il les communique sur le champ au procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. Aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations. ».

Dans le cadre de la réflexion relative aux procédures de « Notice and Action » menée actuellement aux niveaux européen²⁵ et belge, la question de l'alourdissement de la sanction et de son emplacement pourra aussi être étudiée dans ce cadre.

Article 5

Cette disposition est le premier article du Chapitre III : De la promotion des sites contenant des œuvres dont la mise à disposition du public a été autorisée par les auteurs et les titulaires de droits voisins, qui comprend également un article 6, et est libellé comme suit :

“Art. 5 - Dans les contrats conclus avec les titulaires, les fournisseurs d'accès font figurer :

1° une mention claire que les auteurs et les titulaires des droits voisins disposent du droit exclusif d'autoriser la reproduction et la communication au public de leurs œuvres ou de leurs prestations ;

2° la réglementation en vigueur en matière de droits d'auteur ;

3° une information sur l'offre légale de contenus culturels en ligne par la mention du site Internet créé par le Conseil, visé à l'article 25, alinéa 7, ainsi que sur les dangers pour la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas les droits d'auteur et les droits voisins ;

4° une information quant à la nécessité pour le titulaire de sécuriser son accès à un service de communication au public en ligne ;

5° une mention des dispositions et sanctions prévues par la présente loi.”

Commentaire

Cette disposition impose un certain nombre de mentions dans les contrats entre fournisseurs d'accès et leurs clients afin de sensibiliser les titulaires au respect de la législation relative au droit d'auteur.

Le point 3° s'inscrit dans le cadre du paquet « télécoms »²⁶.

²⁵ Voir la consultation de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/notice-and-action/index_en.htm

²⁶ Dans le cadre du paquet “télécoms”, le considérant 26 de la Directive européenne 2009/136 concernant le « service universel » prévoit: “Pour prendre en compte les questions d'intérêt public concernant l'utilisation des services de communications et pour encourager la protection des droits et des libertés d'autrui, les autorités nationales compétentes devraient pouvoir produire et faire diffuser, avec l'aide des fournisseurs, des informations d'intérêt public relatives à l'utilisation de ces services. Ces informations d'intérêt public pourraient porter sur les infractions au droit d'auteur, d'autres utilisations illicites, et la diffusion de contenus préjudiciables...”

Ainsi, conformément à l'article 20.1, dernier paragraphe de cette directive, le législateur peut prescrire que le contrat comporte toutes les informations fournies par les autorités publiques compétentes à cette fin sur l'utilisation des réseaux et des services de communications électroniques pour se livrer à des activités illicites ou diffuser des contenus préjudiciables, ainsi que sur les moyens de protection contre les risques d'atteinte à la sécurité individuelle, à la vie privée et aux données à caractère personnel, qui sont visées à l'article 21, paragraphe 4, et concernent le service fourni”

En outre, il est précisé à l'article 21.4. point a) que le législateur « communique si besoin est gratuitement aux abonnés existants et nouveaux des informations d'intérêt public. Dans ce cas, ces informations sont fournies par les autorités publiques compétentes sous une forme normalisée et couvrent, entre autres, les sujets suivants :

a) les modes les plus communs d'utilisation des services de communications électroniques pour se livrer à des activités illicites ou diffuser des contenus préjudiciables, en particulier lorsqu'ils peuvent porter atteinte au respect des droits et des libertés d'autrui, y compris les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins, et les conséquences juridiques de ces utilisations... ».

La portée de certaines mentions n'est pas toujours claire. On peut par exemple se demander ce que est visé par le 2°. Cela signifie-t-il qu'il faut renvoyer à la loi relative au droit d'auteur ou que la législation d'application doit également être interprétée? Dans l'affirmative, par qui? Par ailleurs, qu'entend-on au 4°.

En outre, au point 5°, la question est de savoir quelles sont les sanctions visées, compte tenu de l'amendement n° 1 du 24 mai 2011 de MM. Miller et Belot, qui propose de supprimer les articles 14 à 24 (chapitre V concernant la réponse graduée). Même si cet amendement est adopté, les sanctions visées par la loi pourraient être les sanctions civiles et pénales prévues actuellement par la loi relative au droit d'auteur.

Article 6

Cette disposition est libellée comme suit :

“Art. 6- L'article 91 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur est complété par un 24° rédigé comme suit :

« 24° proposer une offre de service de communication en ligne permettant un téléchargement illimité en omettant de mentionner que le téléchargement ne peut que concerner des œuvres dûment autorisées aux conditions prévues par la loi du ... visant à promouvoir la création culturelle sur Internet. »

Commentaire

L'article 6 de la proposition propose de modifier l'article 91 de la LPM du 6 avril 2010 par l'ajout à la liste des pratiques commerciales trompeuses d'un 24° visant les prestataires de service de communication en ligne qui proposeraient des offres de téléchargement illimité en omettant de mentionner que le téléchargement doit être légal.

Cette disposition appelle le commentaire suivant : un tel ajout est contraire au droit européen. En effet, les seules pratiques commerciales trompeuses qui peuvent être interdites en droit national sont énumérées dans la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Cette directive étant « maximale », il n'est donc pas possible d'ajouter en droit national des pratiques commerciales trompeuses qui ne sont pas reprises dans ladite liste.

Il convient cependant de souligner qu'il appartient au juge d'apprécier dans les faits si éventuellement la pratique consistant à proposer des offres de téléchargement illimité en omettant de mentionner que le téléchargement doit être légal, constitue une pratique commerciale trompeuse ou déloyale ou une concurrence déloyale au regard de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (MB 12.04.2010).

Article 7

Cet article est le premier article du Chapitre IV : De la mise à disposition au public d'œuvres et de prestations par des opérateurs de bases de données, qui comporte les articles 7 à 11, et est libellé comme suit :

“Art. 7- Les auteurs et les titulaires de droits voisins disposent du droit exclusif d'autoriser la reproduction et la communication au public de leurs œuvres ou de leurs prestations, en totalité ou en extraits, par des opérateurs de bases de données mises en ligne, à titre gratuit ou onéreux, et permettant au public de réaliser le chargement, la visualisation, l'échange d'œuvres ou de prestations, ou encore de se mettre à jour automatiquement selon un procédé informatique.”

Commentaire

Selon l'exposé des motifs, l'intention est de rappeler les droits exclusifs d'exploitation²⁷ prévus dans la loi relative aux droits d'auteur. La portée de cette disposition et de différentes notions qui y sont utilisées n'est toutefois pas claire. Ainsi, on peut se demander ce que l'on entend par les notions “d'opérateurs de bases de données mises en ligne”, “visualisation”, “échange” ou “se mettre automatiquement à jour via un procédé informatique ”.

La question est aussi de savoir comment se comporte cette disposition avec les articles 1, 35, 39 et 44 de la loi relative au droit d'auteur. Il s'agit par exemple de savoir pourquoi seulement certains aspects des droits patrimoniaux des auteurs sont mentionnés et si, a contrario, on peut en déduire, conformément au principe *lex specialis*²⁸, que les ayants droit ne disposeraient pas des autres aspects des droits patrimoniaux ou des droits moraux.

Plus généralement, la question est de savoir quelle est la valeur ajoutée de cette disposition par rapport à la loi relative au droit d'auteur. S'il y avait un besoin réel pouvant être justifié de manière objective nonobstant l'analyse de la Section I, afin de clarifier la portée du droit patrimonial dans un contexte en ligne, la question est de savoir si la disposition proposée offre suffisamment de clarté et de sécurité juridique. Il n'est pas exclu que la volonté ait été de viser un mode d'exploitation spécifique et de prévoir une gestion collective obligatoire pour ce mode d'exploitation. Cependant, la terminologie utilisée est incohérente et les définitions ne sont pas claires.

Article 8

Cet article est libellé comme suit :

“Art. 8- Le droit des auteurs et des titulaires de droits voisins d'accepter ou d'interdire la mise à disposition au public d'œuvres ou de prestations par les opérateurs de base de données ne peut être exercé que par une société de gestion des droits, telle que prévue dans la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

²⁷ Le commentaire des articles de l'article 7 de la proposition de loi Miller est libellé comme suit: “*Cet article rappelle que, conformément à l'article 1er de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, les auteurs et titulaires de droits voisins ont, sur leurs œuvres, des droits exclusifs d'exploitation de celles-ci.*”

²⁸ Cet article 7 se trouverait dans une loi spéciale « favorisant la protection de la création culturelle sur Internet », et ne serait pas inséré au niveau légistique dans la loi relative au droit d'auteur.

Lorsque l'auteur ou les titulaires de droits voisins n'ont pas confié la gestion de leurs droits à une société de gestion de droits, la société qui gère les droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer leurs droits.

Lorsque plusieurs sociétés de gestion de droits gèrent des droits de cette catégorie, l'auteur ou les titulaires de droits voisins peuvent désigner eux-mêmes celle qui sera réputée être chargée de la gestion de leurs droits. Ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations résultant du contrat conclu entre les fournisseurs d'accès et la société de gestion de droits que les titulaires qui ont chargé cette société de défendre leurs droits.

Ils peuvent faire valoir leurs droits dans un délai de cinq ans à compter de la date de la première mise à disposition de leur œuvre ou de leur prestation par l'opérateur de base de données.

Commentaire

La notion "d'opérateurs de base de données" utilisée au premier alinéa est imprécise. La question est par exemple de savoir si les producteurs de bases de données au sens de la loi du 31 août 1998 sont visés, lesquels sont par conséquent protégés par le droit sui generis, ou s'il s'agit d'une dénomination générique qui veut regrouper les différents types de fournisseurs sous un seul dénominateur. En même temps, on peut se demander si l'on vise ainsi les bases de données proposées avec l'autorisation des ayants droit ou également les bases de données proposées sans l'autorisation des ayants droit. En guise d'exemple, on peut indiquer que l'on ne sait pas clairement si des choses telles que les i-tunes, google et youtube devraient relever de la notion "d'opérateurs de bases de données".

En plus de l'imprécision de la notion "d'opérateurs de base de données", la notion de "mise à disposition du public" est également imprécise. Comme indiqué dans la Section I- Formes d'apparition et aspects juridiques, en plus du droit de mise à disposition, le droit de reproduction et le droit plus général de communication au public seront généralement également en cause²⁹. La question est par conséquent de savoir si l'article 8 proposé, a pour conséquence que les autres droits patrimoniaux, comme par exemple le streaming linéaire d'émissions radio et TV en même temps que les émissions par la voie traditionnelle (cf. Section I, cas type 3), ne relèvent pas de son champ d'application.

L'application et l'impact de la mesure proposée, à savoir le droit des auteurs et titulaires de droits voisins d'accepter ou d'interdire que des opérateurs de base de données mettent des œuvres ou prestations à disposition du public est par conséquent imprécis et crée une insécurité juridique.

En plus de ces imprécisions, on peut constater qu'à l'article 8, alinéa 1er, un système de gestion collective est proposé pour mettre des œuvres ou prestations à disposition via des opérateurs de bases de données. Schématiquement, la situation pourrait se présenter comme suit:

Pays A		Belgique		Pays C	Pays D
Opérateur de base de données A	Fournisseur d'accès A	Fournisseur d'accès BE	Opérateur de base de données BE		

²⁹ Voir p. 3 et suivantes sous "Droits pertinents", et Discussions de différents cas types.

D'un point de vue technique, un internaute qui veut télécharger une œuvre protégée au départ de la Belgique aurait accès à l'internet via le fournisseur d'accès ("FA") BE. Ensuite, l'œuvre à télécharger sera recherchée sur l'internet, généralement au moyen d'un logiciel spécifique (le cas échéant fourni par un fournisseur de services). Il est possible qu'on la retrouve chez l'opérateur de base de données ("OBD") BE et qu'on l'envoie de là à l'internaute (situation 1). Il est également possible que l'on trouve l'œuvre chez un OBD dans le pays A, C, D ou X, et qu'on l'envoie de là chez l'internaute (situation 2).

Une autre situation qui peut se produire est qu'une œuvre soit envoyée de OBD BE à un internaute qui veut télécharger cette œuvre à l'étranger (par exemple, pays A) (situation 3).

Les questions qui se posent en l'occurrence sont d'une part, de nature conceptuelle et d'autre part, de nature pratique.

En ce qui concerne les **questions de nature juridique**, il s'agit de savoir si un système de gestion collective obligatoire ne doit pas être considéré comme une limitation du droit exclusif et par conséquent satisfaire également au test en trois étapes. La jurisprudence défend à la fois la thèse que la gestion collective obligatoire concerne uniquement l'exercice du droit et pas le droit même, de sorte que le **test en trois étapes** n'est pas d'application³⁰, que la thèse qu'une gestion collective obligatoire est aussi une limitation du droit exclusif et doit donc satisfaire au test en trois étapes³¹. Ainsi, il est indiqué de faire à tout le moins l'exercice et de confronter un système de gestion collective obligatoire au test en trois étapes, ce qui renforcerait en tout cas la légitimité du modèle³².

En ce qui concerne l'application concrète du test en trois étapes, il convient en premier lieu de vérifier si "la mise à disposition d'œuvres et prestations via des opérateurs de base de données" peut être considérée comme un "certain cas spécial". La question est dès lors de savoir si "la mise à disposition d'œuvres via des opérateurs de base de données" peut être considérée comme un certain cas spécial.

En deuxième lieu, il convient de vérifier s'il n'est pas porté préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre ou de la prestation. En ce qui concerne l'évaluation de cette étape, dans le cadre du règlement de litiges entre la Commission européenne et les USA sur l'exception prévue à la Section 110 (5) de la loi sur les droits d'auteur des USA en rapport avec la communication au public de certaines émissions radio, l'organe de règlement des litiges (Dispute Settlement Body) a notamment indiqué ce qui suit dans son rapport: "Nous estimons qu'une exception ou limitation concernant un droit exclusif qui est prévue dans la législation nationale va jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (...), si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles."³³. Appliqué à notre cas concret, on peut

³⁰ Voir par exemple S. VON LEWINSKI, reproduit dans C. COLLIN, 'Etude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur internet – Rapport pour la SACD/SCAM – Belgique', 16 septembre 2011', (ci-après "C. COLLIN – CRIDS étude 2011"), 38.

³¹ Voir par exemple M. FICSOR, 'La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être étendue ou rendue obligatoire', e-Bulletin du droit d'auteur, oct. 2003, p. 4. Voir également D. GERVAIS, Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en oeuvre, Etude pour le ministère du patrimoine canadien, Juin 2003, disponible sur http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/licence_etendue_questions.pdf, cités par C. COLIN, CRIDS Etude 2011.

³² C. COLIN, CRIDS Etude 2011, p. 45-46.

³³ Voir WT/DS160/R du 15 juin 2000, § 6.183, disponible sur www.wto.org, en particulier http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS160%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1,

admettre qu'une exploitation normale, en d'autres termes, la manière dont les ayants droit retirent normalement une valeur économique de leur droit sur l'œuvre, provient des recettes qu'ils retirent des plates-formes légales de téléchargement ou de streaming³⁴. Par conséquent, la question est de savoir si une gestion collective obligatoire du droit "de la mise à disposition du public d'œuvres et de prestations par les opérateurs de base de données" entre en compétition avec cette exploitation normale et si, en étant soumis à la gestion collective obligatoire, les ayants droit sont privés de bénéfices commerciaux significatifs et tangibles dont ils ne seraient pas privés si le droit exclusif était exercé sur base individuelle. On peut aussi concrètement se demander si la proposition de loi signifie que les plates-formes légales de téléchargement, en plus d'acquiescer l'autorisation nécessaire auprès des ayants droit (individuels), devraient encore conclure des licences avec des sociétés actives en Belgique sur la base d'une gestion collective obligatoire.

En dernier lieu, il convient de vérifier si l'exception ou la limitation ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Pour satisfaire à ce test, l'exception ou la limitation ne peut pas causer un préjudice disproportionné, injustifié et inacceptable aux ayants droit. La question est par conséquent de savoir si un préjudice disproportionné a été causé en imposant au titulaire de droit une limitation de son droit exclusif en ce qui concerne la "mise à disposition du public d'œuvres et de prestations par les opérateurs de base de données".

Actuellement, l'absence, dans les accords de représentation réciproque entre sociétés sœurs, des droits pour l'exploitation des œuvres via des systèmes d'échange P2P a pour conséquence que les sociétés de gestion actives en Belgique ne représentent qu'un faible répertoire pour la gestion de ce type de droits. Il s'agit essentiellement des ayants droit établis en Belgique qui leur ont contractuellement confié la gestion de ce type de droits. La plupart des ayants droit établis à l'étranger et des sociétés de gestion actives à l'étranger n'ont pas confié aux sociétés de gestion actives sur le territoire belge la gestion de leurs droits d'exploitation pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet et n'ont pas l'intention de le faire. Les producteurs et les éditeurs préfèrent d'ailleurs gérer eux-mêmes leurs droits exclusifs pour la mise à disposition d'œuvres en ligne.

Juridiquement une gestion collective obligatoire aurait, à l'instar d'une licence légale (cfr supra), pour effet de donner, par l'effet de la loi, un mandat à une ou plusieurs sociétés de gestion de gérer pour le compte de tous les ayants droit protégés en Belgique y compris les ayants droit établis à l'étranger, les droits afférents aux actes d'exploitation couverts par la gestion collective obligatoire.

Cependant une telle mesure aurait pour effet d'accroître artificiellement la représentativité des sociétés de gestion actives sur le territoire belge et cela à l'encontre de la volonté de la grande majorité des ayants droit dont les œuvres sont exploitées sur le territoire belge.

Il convient en outre de souligner que l'accroissement par l'effet de la loi de la représentativité des sociétés de gestion actives en Belgique risque de contredire les dispositions contenues dans la proposition de directive concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la

"6. 183. Nous estimons qu'une exception ou limitation concernant un droit exclusif qui est prévue dans la législation nationale va jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (c'est à dire au droit d'auteur ou plutôt à tout l'ensemble de droits exclusifs conférés par la titularité du droit d'auteur), si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (c'est à dire le droit d'auteur) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles."

³⁴ C. COLIN, CRIDS Studie 2011, 54: « Dans ce contexte, l'exploitation normale des œuvres peut se comprendre comme correspondant à l'offre de téléchargement légal. Les plates-formes mises en place dans le respect de la loi sur le droit d'auteur constituent certainement la voie normale d'exploitation des œuvres. »

concession de licences multi territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (COM 2012-372). En effet cette proposition de directive vise à la fois à encourager les ayants droit et les sociétés de gestion à agréger les répertoires sur une base volontaire de façon à permettre l'octroi de licences multi territoriales aux fournisseurs de musique en ligne et à imposer des exigences plus contraignantes aux sociétés qui délivrent de telles licences étant donné qu'elles auront une responsabilité plus importante tant vis-à-vis des ayants droit que vis-à-vis des fournisseurs de musique en ligne. Si par l'effet d'une mesure législative belge les droits pour l'exploitation en ligne en Belgique des œuvres et prestations protégées sont obligatoirement confiées aux sociétés de gestion actives en Belgique, ces ayants droit ne pourront plus décider eux-mêmes pour l'exploitation en Belgique de la société de gestion remplissant les conditions prévues dans la proposition de directive à laquelle ils confieront la gestion de leurs droits pour l'octroi de licences multi territoriales.

En ce qui concerne les **questions de nature pratique**, il s'agit d'abord de savoir quel est le "**champ d'application géographique**" du système proposé. Plus généralement, on peut indiquer que si, conformément au système proposé, l'autorisation est donnée par des sociétés de gestion dans le cadre d'une gestion collective obligatoire, la question est de savoir si elle est donnée pour le territoire belge seulement ou pour un territoire plus large. Plus concrètement, on peut par exemple se demander si, selon le système proposé, la gestion collective obligatoire porte uniquement sur la situation 1 (OBD et FA les deux en Belgique) ou aussi sur les situations 2 (FA BE et OBD à l'étranger) et 3 (FA à l'étranger, OBD et BE). Quant aux situations 2, la question est de savoir si l'on ne donnerait pas un fonctionnement extraterritorial à la loi belge si l'on impose qu'une plate-forme étrangère (opérateur de base de données) doit prévoir une gestion collective obligatoire si une œuvre est téléchargée de sa base de données par un internaute belge (situation 2). Dans la situation 3, une œuvre est téléchargée par un internaute étranger d'un opérateur de base de données belge. La question est également de savoir s'il n'est pas question ici d'un effet extraterritorial de la loi si l'on prévoit que cet acte est soumis à une gestion collective obligatoire. Tout cela pris en considération, la portée territoriale du système proposé est imprécise et des questions juridiques se posent sur un fonctionnement extraterritorial éventuel de la loi belge relative au droit d'auteur.

Ensuite, qu'en est-il du **répertoire que les sociétés de gestion représentent** ? Plus concrètement, il s'agit de savoir si, en ce moment, les sociétés de gestion belges, par exemple pour les ayants droit qu'elles représentent sur la base d'un accord de réciprocité avec une société de gestion étrangère peuvent, pour un membre de cette société de gestion étrangère, donner l'autorisation à une plate-forme en ligne de proposer son œuvre via cette plate-forme en ligne. Si ce n'est pas le cas, et que les sociétés de gestion belges sur la base des accords actuels, n'ont donc pas la compétence de donner l'autorisation pour la mise à disposition d'œuvres ou prestations, la question est de savoir si elles pourraient le faire sur la base d'une gestion collective obligatoire. En d'autres termes, il s'agit de savoir si une gestion collective obligatoire peut constituer une justification, tant d'un point de vue juridique qu'économique, pour le fait que les sociétés de gestion belges donneraient l'autorisation pour l'exploitation en ligne des œuvres d'ayants droit étrangers accessibles en Belgique³⁵.

³⁵ Pour une description de la gestion collective obligatoire, voir par exemple, C. COLIN, Etude CRIDS SADC SCAM avec le soutien de la FWB, 2011, 24-25 : « *Le législateur, lorsqu'il choisit d'opter pour la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif, retire à l'auteur l'exercice individuel de son droit exclusif pour le confier à une société de gestion collective. L'auteur ne peut donc plus contrôler lui-même l'exploitation de ses œuvres dans le cadre fixé par le système puisqu'un exercice collectif par une société de gestion lui a été imposé. Toutefois et contrairement à la licence non volontaire, les sociétés de gestion conservent un pouvoir de négociation des conditions de licence avec les utilisateurs (conditions d'utilisation, tarifs). En effet, si la gestion collective est obligatoire, la licence donnée par les sociétés de gestion est volontaire ; les sociétés de gestion, gérant des droits exclusifs, ont la possibilité de refuser d'accorder de telles autorisations, sous réserve des contraintes*

Pour information, nous pouvons indiquer qu'en France également, l'idée a été émise de prévoir une gestion collective obligatoire pour l'exploitation en ligne de la musique mais que cette piste a été abandonnée après consultation des différents acteurs³⁶.

Au sein du Conseil de la propriété intellectuelle, plusieurs représentants d'ayants droit considèrent également que le droit exclusif constitue le point de départ, que les ayants droit ont développé sur base de ce droit exclusif des plateformes qui ont évolué vers de nouveaux modèles d'entreprise et que l'affaiblissement de ce droit exclusif par exemple au moyen d'un système de gestion collective obligatoire menace la viabilité de ces nouveaux modèles.

Les représentants des consommateurs indiquent qu'un système de gestion collective obligatoire ne peut avoir pour conséquence que les consommateurs payent deux fois des droits d'auteur: une fois en vertu de leur contrat d'abonnement pour l'accès à Internet et une seconde fois en vertu des contrats de licence d'accès à des contenus protégés licitement mis à disposition sur Internet. Ils s'expriment en faveur d'un système proportionné et volontaire dans lequel les consommateurs qui ne souhaitent pas échanger des œuvres protégées sur Internet ne doivent pas payer un montant de droits d'auteur en vertu de leur contrat d'abonnement pour l'accès à Internet. Un représentant des consommateurs indique en outre que le secteur des ayants droit devrait proposer une alternative légale qui soit juridiquement et économiquement viable. Selon ce représentant, l'offre actuelle n'est pas encore assez suffisamment accessible pour les consommateurs notamment en termes de conditions financières.

Les représentants des ayants droit ne partagent pas cet avis et considèrent que l'offre légale est suffisamment diversifiée et économiquement accessible pour les consommateurs. Dans un but pédagogique, ils recommandent qu'une cartographie de l'offre légale soit réalisée.

Article 9

Un accord concernant la mise à disposition d'œuvres ou de prestations par les opérateurs de base de données est conclu entre les opérateurs de base de données et les sociétés de gestion.

Cet accord porte sur une rémunération du droit d'auteur et des droits voisins. Il y a un accord différent pour le secteur de la musique, le secteur audiovisuel, le secteur de l'édition et la presse.

posées par le droit de la concurrence. Les sociétés de gestion ont ensuite la mission de collecter puis de répartir entre les ayants droit les rémunérations perçues pour l'utilisation des œuvres concernée par le dispositif. »

³⁶ Voir Document « 13 engagements pour la musique en ligne » signé le 17 janvier 2011 par les parties concernées après la mission de médiation de E. HOOG, disponible sur [http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/A-la-une/13-engagements-pour-la-musique-en-ligne/\(language\)/fre-FR](http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/A-la-une/13-engagements-pour-la-musique-en-ligne/(language)/fre-FR), p 2 : « La proposition d'instaurer une gestion collective, volontaire ou obligatoire, des droits voisins pour l'ensemble des modes d'exploitation en ligne telle que posée par le rapport de MM. Zelnik, Toubon et Cerutti n'a pas recueilli de consensus. Malgré le soutien apporté par certains acteurs, cette proposition s'est heurtée à des objections qui, de l'avis du médiateur, empêchent sa mise en œuvre dans un délai suffisamment rapproché pour répondre aux enjeux du secteur.

En revanche, les travaux de la médiation ont confirmé la volonté collective de développer le marché de l'offre légale et de favoriser le développement de services innovants et viables fondés sur une diversité de modèles. »

Commentaire

Ici aussi se posent les questions et remarques relatives à l'imprécision des notions utilisées et à la portée du système proposé. Spécifiquement en rapport avec les "opérateurs de base de données", en ce qui concerne la signification de cette notion se pose la question de savoir si l'on vise les instances qui posent elles-mêmes un acte pertinent de droit d'auteur tel que décrit à la Section I et à la Section II, ou si elles ne posent pas un tel acte ou seulement un acte qui doit être considéré comme une reproduction temporaire au sens de l'article 5.1. de la directive 2001/29 et l'article 21, §3 de la loi relative au droit d'auteur. Si l'on vise les opérateurs de base de données qui ne posent pas eux-mêmes d'actes pertinents de droit d'auteur, la question se pose de savoir sur quelle base juridique ils pourraient être obligés à conclure un accord. Cette remarque vaut aussi pour l'article 12 de la proposition de loi, où cette remarque est développée.

Articles 10 et 11

Les articles 10 à 11 prévoient en outre des dispositions sur l'accord entre les sociétés de gestion et les opérateurs de base de données. Il est notamment stipulé qu'un accord doit être conclu entre opérateurs de base de données et sociétés de gestion, en faisant une distinction selon les secteurs (musique, audiovisuel, presse), un système de médiateur analogue à l'article 54 de la loi relative au droit d'auteur est prévu "lorsque la conclusion d'un accord autorisant la mise en ligne par les opérateurs de base de données à est impossible" et un système de renouvellement annuel de l'accord est prévu.

Commentaire

NOTE: vu les questions de principe formulées ci-avant et ci-après sur le système proprement dit, aucune remarque n'a été faite jusqu'à présent sur les dispositions relatives à l'accord entre les sociétés de gestion et les opérateurs de base de données.

Articles 12 et 13

Les articles 12 et 13 font partie du Chapitre V : Des échanges, via les fournisseurs d'accès, d'œuvres ou de prestations et sont libellés comme suit :

Art. 12. Un accord concernant les échanges via les fournisseurs d'accès d'œuvres ou de prestations protégées par le droit d'auteur est négocié entre les fournisseurs d'accès et les sociétés de gestion.

Cet accord détermine les limites et les conditions dans lesquelles le titulaire d'un accès à un service de communication au public en ligne peut utiliser celui-ci pour échanger des œuvres protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin."

Art. 13. Les dispositions des articles 10 et 11 sont d'application.

Commentaire

Les articles 12 et 13 prévoient qu'un accord doit être négocié entre "fournisseurs" et les sociétés de gestion "concernant les échanges via les fournisseurs d'accès d'œuvres ou des prestations protégées par le droit d'auteur".

En premier lieu, il s'agit de savoir ce que l'on entend par les termes "concernant les échanges via les fournisseurs d'accès d'œuvres ou des prestations protégées par le droit d'auteur". Vise-t-on par exemple uniquement les échanges via P2P ou également par exemple l'offre sur site internet/blog/cloud, via d'autres techniques telles que décrites dans les cas types de la Section I?

En outre, par le terme "providers", vu le texte français ("fournisseurs d'accès") et la définition à l'article 2, 2°, les fournisseurs d'accès sont peut-être visés. Comme indiqué à la Section II, les fournisseurs d'accès peuvent bénéficier d'une exemption conditionnelle de responsabilité pour autant qu'ils respectent les conditions de l'article 12 de la directive 2000/31. En outre, il est indiqué à la Section II que, selon le SPF Economie, les fournisseurs d'accès ne posent pas d'acte pertinent de droit d'auteur³⁷. Par conséquent, tout comme pour la proposition de loi n° 5-590 (cf. ci-dessus), se pose la question de savoir quel est le fondement juridique de l'obligation mise à charge des fournisseurs d'accès de conclure une licence d'exploitation avec les sociétés de gestion et si une telle obligation est conforme aux articles 12 et suivants de la directive 2000/31.

Pour le reste, les mêmes questions et remarques de nature conceptuelle et pratique s'appliquent que pour l'article 8.

Enfin, il convient de savoir s'il s'agit d'un système obligatoire ou facultatif pour les internautes et si les internautes qui n'échangent pas d'œuvres protégées doivent également contribuer au système.

Articles 14-24

Ces articles 14- 24 constituent le chapitre V de la proposition de loi, intitulée "De la réponse graduée en cas de non-respect des conditions dans lesquelles le titulaire peut échanger des œuvres protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin et en cas de téléchargements d'œuvres non autorisées".

Avec l'amendement n° 1 du 24 mai 2011 de MM. Miller et Belot, il a été proposé d'abroger ces articles³⁸. Comme cet amendement a été déposé par celui qui a déposé la proposition de loi, ces articles ne sont pas davantage commentés. Une analyse des différents modèles utilisés dans différents pays permettra d'avoir une discussion sur un système basé sur une réponse graduée.

³⁷ Dans le même sens C. COLIN, CRIDS, Etude à l'initiative de la SACD SCAM avec le soutien de la FWB, 2011, 90 : La proposition de loi relative au peer-to-peer déposée par le sénateur Richard Miller impose, en son article 12, la conclusion d'un accord entre fournisseurs d'accès et sociétés de gestion pour autoriser les échanges d'œuvres par les internautes dans certaines limites. En cas d'échec des négociations, trois médiateurs seraient désignés pour aider à l'aboutissement de celles-ci et formuler des propositions. Le rôle ainsi attribué aux fournisseurs d'accès à internet n'est toutefois pas précisé : il peut être celui d'un débiteur des rémunérations envisagées en contrepartie des échanges qui seraient autorisés ou celui d'un intermédiaire dans le contrat d'autorisation conclu en réalité entre les ayants droit et les internautes.

(...)
³⁸ Justification de l'amendement: "Après avoir entendu les différents spécialistes en Commission des Finances ce mercredi 11 mai 2011, il apparaît qu'une réponse graduée en cas de non-respect des dispositions de la présente proposition de loi, paraît inapplicable. Elle n'est pas, en outre, demandée par les sociétés de gestion des droits. Enfin, il serait impossible de mettre en œuvre cette réponse graduée sans mettre en cause le respect des droits privés des consommateurs."

En ce qui concerne le champ d'application d'un modèle de réponse graduée, le Conseil est d'avis que si un tel modèle répressif est introduit, il faudrait également étudier la question du statut du téléchargement (download) à partir d'une source illégale (copie privée ou non ?) (voir supra chapitre I). Un membre ayant droit indique ne pas être partisan d'un modèle répressif si seul un téléchargement (download) a lieu chez l'utilisateur. Le membre se demande cependant si le système de réponse graduée ne peut pas être appliqué aux sites internet. A ce sujet, il est renvoyé au Ley Sinde³⁹ espagnol qui prévoit de telles procédures à l'égard de sites internet. Dans d'autres pays, les travaux s'orientent vers un modèle de "notice & action", dans le champ d'application plus large du commerce électronique. Le Conseil estime qu'il faut examiner dans quelle mesure les modèles répressifs proposés peuvent être utilisés pour lutter contre des infractions du côté de l'offre (par exemple, sites internet illégaux).

En rapport avec les sanctions possibles, une grande majorité du Conseil estime que la coupure de la connexion internet est une mesure qui pose des questions importantes au regard des libertés et droits fondamentaux et peut paraître à certains déséquilibrée. Aucun membre du Conseil ne souhaite introduire une telle mesure. Il est néanmoins fait remarquer qu'il appartient au juge de décider si la coupure de la liaison internet est une mesure proportionnelle par rapport à la gravité de l'infraction. Le Conseil s'interroge également sur l'effet dissuasif qu'un tel système pourrait avoir, compte tenu du délai écoulé entre l'infraction, la condamnation éventuelle et la mesure.

³⁹ La Ley 2/2011, de 4 de marzo 2011, de Economía Sostenible (LES)

C. ANALYSE DE LA PROPOSITION DE LOI 1084/001 DE MADAME Karine LALIEUX c.s.⁴⁰

La proposition de loi (1084) modifiant l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires lors d'atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins a été déposée à La Chambre le 19 janvier 2011 (ci-après proposition de loi 1084). L'intitulé de cette proposition prête à confusion car celle-ci ne traite pas directement de la responsabilité des intermédiaires mais plutôt des injonctions vis-à-vis de ces derniers.

La proposition de loi poursuit notamment l'objectif de s'attaquer aux intermédiaires de paiement (Visa, Master Card, Pay Pal, Ogone, etc.) en vue de couper l'accès au service de paiement en ligne utilisé par des sites qui vendent illégalement des œuvres ou produits protégés par des droits de propriété intellectuelle, particulièrement lorsque ces sites sont situés hors Union européenne.

Cette proposition de loi appelle les commentaires suivants.

Articles 2 et 3 de la proposition – notion d'intermédiaire

La proposition de loi 1084/1 se fonde sur un postulat qui consiste à dire que la notion « d'intermédiaire » utilisée dans l'article 87, §1^{er} de la LDA se limiterait aux intermédiaires visés par l'article 12.1. de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, à savoir les simples transporteurs ou fournisseurs d'accès à Internet (FAI)⁴¹.

Pour combler cette prétendue lacune, l'article 3 de la proposition propose d'ajouter la notion d'émetteur, à côté de celle d'intermédiaire, afin de permettre aussi une action en cessation contre les prestataires de paiement. L'article 87, §1^{er}, alinéa 2 ainsi modifié serait libellé de la manière suivante : « Ils [Le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce] peuvent également ordonner la cessation à l'encontre des intermédiaires et des émetteurs dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin ».

Les auteurs définissent l'émetteur comme un « *émetteur d'instrument de transfert électronique de fonds* » et se réfèrent ainsi aux définitions données à l'article 2 de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds⁴². L'article 2 de la proposition de loi 1084 propose en effet d'ajouter un article 86^{quater} libellé comme suit : « *Pour l'application de la présente section et des arrêtés portant exécution des dispositions qui y sont contenues, on entend par :*

1° émetteur : toute personne physique ou morale qui, dans le cadre de son activité commerciale, met un instrument de transfert électronique de fonds à la disposition d'une autre personne conformément à un contrat conclu avec celle-ci ;

⁴⁰ Proposition de loi déposée par Madame Karine LALIEUX et consorts modifiant l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires lors d'atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, La Chambre, Doc 53, 1084/001

⁴¹ Exposé des motifs, page 6 : « La loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ne définit pas explicitement la notion d'« *intermédiaire* » utilisée dans l'article 87, § 1^{er}. Néanmoins, la réglementation européenne en vigueur considère la fonction d'intermédiaire comme la « *fourniture de service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication* ». Cette règle européenne, devant normalement guider l'interprétation de la loi belge, a donc pour conséquence de restreindre le champ d'application de l'article 87, § 1^{er}, aux seuls FAI, en excluant ainsi les intermédiaires de paiement.

⁴² Voir la note de page de page n°4 à la page 7 de l'exposé des motifs, qui fait référence à l'article 2 de cette loi.

2° instrument de transfert électronique de fonds : l'instrument qui permet d'effectuer par voie entièrement ou partiellement électronique, une ou plusieurs des opérations suivantes :

- a) des transferts de fonds ;
- b) des retraits et dépôts d'argent liquide ;
- c) l'accès à distance à un compte ;
- d) le chargement et le déchargement d'un instrument rechargeable ».

Il convient tout d'abord de rappeler que la loi du 17 juillet 2002 a été abrogée par l'article 77 de la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, cette dernière ne reprenant aucun des concepts précités. Cette dernière loi consacre par contre le concept – plus large – de prestataire de services de paiement⁴³, terme plus adéquat à utiliser dans le cadre d'une éventuelle précision de la notion d'intermédiaire.

Le Conseil constate de plus que le postulat sur lequel se fonde la proposition de loi est erroné. Cette interprétation « réductrice » n'est soutenue par aucune base légale.

Il est vrai que la notion d'intermédiaire est utilisée à plusieurs reprises par les textes européens (directives 2000/31, 2001/29 et 2004/48 par exemple) ainsi que les textes nationaux (chapitre VI de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information et article 87 de la LDA par exemple).

Toutefois, aucun de ces textes ne donnent de définition de la notion d'intermédiaire.

Tout au plus, la directive 2000/31 identifie trois activités spécifiques, parmi d'autres, qui peuvent être exercées par certains intermédiaires actifs dans le domaine de la société de l'information⁴⁴.

Mais cette directive vise d'autres activités que celle visée à l'article 12 (simple transport et fourniture d'accès). En effet, les articles 13 et 14 visent aussi les activités de « caching » et d'hébergement qui peuvent être prestées par d'autres intermédiaires. Par ailleurs, des arrêts récents de la CJUE⁴⁵ confirment que la notion d'hébergement englobe le service d'hébergement au sens strict mais également les services de référencement assurés par les moteurs de recherche, les services offerts par les exploitants d'une place de marché en ligne, etc.

⁴³ Pour une présentation de la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, on consultera utilement la brochure du SPF Economie disponible à l'adresse suivante : http://economie.fgov.be/fr/binaries/Brochure_nouvelle_legislation_SEPA_201102_tcm326-128429.pdf

⁴⁴ Dans le cadre de cette directive, le rôle d'intermédiaire se caractérise par le fait que les informations sont non seulement fournies par les destinataires du service, mais aussi transmises ou stockées à la demande de ces derniers (et non de l'intermédiaire). Pour rappel, par "destinataire du service", il faut entendre la personne, physique ou morale, qui, à titre privé ou professionnel, utilise un service de la société d'information, notamment pour rechercher des informations ou les rendre accessibles (cf. l'art. 2, d, de la directive 2000/31).

⁴⁵ Arrêt de la CJUE du 23 mars 2010, aff. Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08) ; Arrêt de la CJUE du 12 juillet 2011, aff. L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09). Par exemple, dans l'affaire Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), le point 111 indique explicitement que « *Il ne saurait, en outre, être contesté que le prestataire d'un service de référencement transmet des informations du destinataire dudit service, à savoir l'annonceur, sur un réseau de communication ouvert aux internautes et stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, certaines données, telles que les mots clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel et le message commercial accompagnant celui-ci, ainsi que l'adresse du site de l'annonceur.* ». Dans le même ordre d'idée, dans l'affaire L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09), le point 110 indique que « *S'agissant de la place de marché en ligne en cause au principal, il n'est pas contesté qu'eBay stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, des données fournies par ses clients. eBay effectue ce stockage à chaque fois qu'un client ouvre un compte vendeur auprès d'elle et lui fournit les données de ses offres à la vente. Au demeurant, eBay est, normalement, rémunérée en ce qu'elle perçoit un pourcentage sur les transactions effectuées à partir desdites offres à la vente.* ».

D'autre part, les directives 2001/29 et 2004/48 relatives aux droits de propriété intellectuelle, qui donnent la possibilité d'ordonner des injonctions à l'encontre d'un intermédiaire, ne définissent pas cette notion. Tout au plus, le texte se limite-t-il à indiquer qu'il s'agit des intermédiaires « dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin ». Par ailleurs, l'exposé des motifs des législations nationales qui transposent ces directives ne donnent pas plus d'indication.

Dans son rapport d'application de la directive 2004/48, la Commission indique que « *La directive interprète de manière très large la notion d'«intermédiaires», pour inclure tous les intermédiaires «dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle». Cela implique que même les intermédiaires qui n'ont aucun lien contractuel ni aucune relation avec le contrevenant sont soumis aux dispositions prévues par la directive* »⁴⁶.

On peut en conclure que cette notion doit s'entendre largement. Cette notion engloberait ainsi non seulement les différents intermédiaires visés par la directive 2000/31 mais également d'autres intermédiaires, tant en ligne que hors ligne, tels que un prestataire de services de paiement, un transporteur routier, un cybercafé, etc. Il n'a en outre jamais été contesté que l'ordre de cesser est absolument indépendant de toute considération relative à la faute de l'intermédiaire. Il suffit de constater l'atteinte au droit d'auteur et la circonstance que l'intermédiaire, quel qu'il soit, peut faire cesser celle-ci, sans que cela suppose en aucune manière la démonstration d'un quelconque manquement au devoir de prudence dans le chef de ce dernier.

L'objectif poursuivi par la proposition est légitime. Le droit de pouvoir demander la collaboration à une grande variété d'intermédiaires, dont les prestataires de services de paiement, est un outil important dans la lutte contre la contrefaçon. Toutefois, la méthode utilisée par les auteurs de la proposition de loi pour parvenir à cet objectif ne semble pas la plus adéquate. On peut dès lors s'interroger sur les dispositions proposées dans cette proposition de loi. On pourrait par contre envisager une proposition de rappel/clarification du champ d'application large de la notion d'intermédiaire utilisée dans la législation sur le droit d'auteur.

Article 3 de la proposition – titulaire de l'action en cessation

L'article 3 prévoit que l'action en cessation peut aussi être intentée à la demande « du service compétent désigné par le ministre qui a l'Economie dans ses attributions ».

Commentaires : A l'instar de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, ne serait-il pas plus approprié d'indiquer que l'action en cessation peut être intentée à la demande « du Ministre qui a l'Economie dans ses attributions ou du directeur général de la direction générale Contrôle et Médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie ».

Article 4 de la proposition – procédure d'avertissement

La proposition de loi met en place une nouvelle procédure d'avertissement, préalable à l'action en cessation, permettant au service public fédéral Économie de constater toute infraction à la LDA et de

⁴⁶ Rapport de la Commission du 22 décembre 2010 sur l'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (COM (2010) 779 final), p. 6.

mettre en demeure les contrevenants, les intermédiaires de services ou les intermédiaires de paiement de se mettre en conformité.

Si l'on peut comprendre qu'un agent du service public fédéral Économie puisse constater toute infraction à la loi et mettre en demeure les contrevenants de se mettre en conformité, cette tâche s'avère par contre beaucoup plus délicate pour adresser à l'intermédiaire un avertissement le mettant en demeure de mettre fin à l'acte, dont il faut rappeler qu'il n'est pas l'auteur. L'agent peut-il se limiter à demander abstraitement de mettre fin à l'infraction ? Doit-il préciser la portée de l'injonction ? Selon quelles garanties procédurales ? Les récentes affaires portées devant la CJUE⁴⁷ montrent très clairement que la nature et l'étendue de la mesure ordonnée peuvent poser de sérieuses difficultés juridiques et pratiques.

Toutefois, cette piste est intéressante et est actuellement étudiée par le SPF Economie et par la Commission européenne dans le cadre de la réflexion plus générale sur les procédures de « Notice and Action ».

Justification et développements de la proposition – champ d'application

La proposition ne vise que les sites Internet de vente de biens culturels ne respectant pas la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins. Il s'agit certes d'une cible importante. En luttant contre les sites illégaux de vente (sites « pirates »), on protège indirectement l'offre légale. Toutefois, la proposition ne présente aucune piste de solution en vue de régler la problématique des échanges gratuits de fichiers non respectueux du droit d'auteur et des droits voisins, dont le volume est probablement (bien) plus important que celui des échanges via des sites de vente illégaux.

Justification et développements de la proposition – la question de la protection de la vie privée

La proposition de loi se fonde notamment sur le postulat selon lequel agir contre les intermédiaires ne poserait pas de problèmes relatifs à la vie privée alors que « *s'attaquer au consommateur engendre des questions essentielles concernant la conciliation entre le respect de la vie privée et la divulgation de données à caractère personnel* ». On peut considérer que ce postulat est erroné. Les affaires récentes portées devant la CJUE⁴⁸ démontrent clairement que certaines injonctions adressées à des intermédiaires dans le cadre de l'article 87, §1^{er}, de la LDA peuvent aussi poser de sérieuses questions au regard des législations « vie privée » tant nationales que européennes. En fonction du type de mesure qui est demandée, il faut vérifier au cas par cas si celle-ci est conforme ou non à la législation relative à la protection des données car la mesure peut entraîner un traitement des données à caractère personnel de l'internaute.

Le Conseil est d'avis que :

- l'objectif poursuivi par la proposition de loi 1084 est légitime, à savoir pouvoir agir contre une grande variété d'intermédiaires, dont les prestataires de services de paiement. Toutefois, la méthode utilisée par les auteurs de la proposition de loi pour parvenir à cet objectif ne semble pas la plus adéquate. Une proposition de rappel/clarification du champ d'application large de

⁴⁷ Arrêt de la CJUE du 12 juillet 2011, aff. L'Oréal SA c/ eBay (C-324/09), arrêt de la CJUE du 24 novembre 2011, aff. Scarlet c/ SABAM (C-70/10), ainsi que l'arrêt de la CJUE du 16 février 2012, aff. SABAM c/ Netlog (C-360/10).

⁴⁸ Arrêt de la CJUE du 24 novembre 2011, aff. Scarlet c/ SABAM (C-70/10), ainsi que l'arrêt de la CJUE du 16 février 2012, aff. SABAM c/ Netlog (C-360/10).

la notion d'intermédiaire utilisée dans la législation sur le droit d'auteur pourrait par contre être envisagée⁴⁹ ;

- dans le cadre des injonctions qui peuvent être ordonnées à l'égard de ceux-ci, la notion d' « intermédiaires » doit être interprétée largement et peut viser notamment les prestataires de simple transport (« Mère conduit »), les prestataires de « caching », les prestataires d'hébergement, les registraires de noms de domaine, les moteurs de recherche, les plates-formes de marché en ligne, les prestataires de services de paiement, les plates-formes participatives (sites de socialisation, sites de contenus ou de partage de fichiers vidéos, jeux informatiques en ligne, sites de partage de photos, blogues, wikis, messagerie instantanée, etc), un cybercafé, un espace public numérique, un transporteur routier, etc. ; et
- il convient de prendre acte que le SPF Economie et la Commission européenne mènent actuellement une réflexion approfondie sur les procédures de « Notice and Action », qui peuvent être envisagées comme un outil, parmi d'autres, pour lutter contre les illégalités sur Internet et de demander au SPF Economie d'intégrer dans cette réflexion les mesures à prendre vis-à-vis des intermédiaires de paiement en ligne.

⁴⁹ Une telle mesure devrait probablement être envisagée pour toutes les législations relatives à la propriété intellectuelle qui transposent la directive 2004/48.

Chapitre II - Analyse comparative des mesures de respect des droits

Ce chapitre examine quelles mesures législatives ou autres peuvent être utilisées en matière de respect des droits d'auteur et des droits voisins sur internet. Il regarde en premier lieu d'une manière globale et récapitulative quels types de mesures sont appliquées dans quelques autres pays. La description de ces différents modèles est en grande partie basée sur un document élaboré par le centre de recherche universitaire Cridis⁵⁰, qui donne un aperçu général de la situation dans certains pays, et qui a été diffusé parmi les membres du Conseil⁵¹. Il est complété par les remarques des membres du Conseil.

Présentation des différents modèles qui existent ou sont envisagés à l'étranger

De nombreuses solutions différentes sont adoptées ou sont en cours de mise en œuvre dans différents pays pour faire face au partage et au téléchargement illégaux d'œuvres protégées sur internet. On peut diviser les solutions en différentes catégories : les systèmes législatifs visant à lutter contre les atteintes (section 1), les systèmes d'autorisation (section 2) et enfin l'absence d'intervention (section 3).

SECTION 1 - Les systèmes législatifs visant à lutter contre les atteintes

Présentation par le CRIDS

Il existe différents systèmes législatifs visant à lutter contre les atteintes au droit d'auteur en ligne, allant de la réponse graduée (§ 1), à des systèmes d'avertissements (§ 2) que l'on pourrait rapprocher d'une forme plus modérée de réponse graduée, en passant par le blocage pur et simple des sites internet pirates (§ 3).

A LES MECANISMES DE REPONSE GRADUEE

a) Les pays dans lesquels le système est mis en œuvre

La France a choisi une approche globale du droit d'auteur et de l'internet, parmi laquelle le mécanisme de réponse graduée est un moyen pour lutter contre les pratiques d'échanges illégaux d'œuvres protégées par le droit d'auteur: « *La réponse graduée est le dispositif pédagogique de rappel à la loi mise en place par la Commission de protection des droits de l'Hadopi pour lutter contre les échanges illicites d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou un droit voisin.* »⁵²

« L'Hadopi a pour missions :

- *de promouvoir le développement de l'offre légale et d'observer l'utilisation licite et illicite des œuvres sur Internet ;*

⁵⁰ C. COLIN en S. HALLEMANS, Etude sur le téléchargement illégal d'œuvres sur internet, 5 avril 2012.

⁵¹ Il s'agit d'un aperçu général dont le but principal est de donner aux membres une information de base sur les systèmes existant dans certains pays, ce qui explique l'absence de références à certains endroits. Les représentants d'ISPA ont aussi indiqué que l'ISPA ne pouvait pas soutenir le texte du chapitre 2 qui décrit les différents systèmes, au motif que selon eux, il contiendrait quelques inexactitudes, sans toutefois les préciser.

⁵² <http://www.hadopi.fr/usages-responsables/nouvelles-libertes-nouvelles-responsabilites/reponse-graduee>

- *de protéger les œuvres à l'égard des atteintes aux droits qui leur sont attachés dans le cadre de la réponse graduée;*
- *de réguler l'usage des mesures techniques de protection. »⁵³*

Une obligation de sécurisation de la connexion internet incombe désormais à l'abonné ; celui-ci sera informé par son fournisseur d'accès à internet, qui est quant à lui obligé de livrer ces informations. Une nouvelle autorité est créée, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi). Le mécanisme se déroule en plusieurs étapes. Tout d'abord, l'abonné doit être identifié par un agent assermenté grâce à son adresse IP. L'Hadopi, saisie, s'adresse ensuite au fournisseur d'accès à internet pour lever l'anonymat. Une fois les coordonnées dévoilées, l'Hadopi envoie jusqu'à deux recommandations à l'abonné qui méconnaît la loi. Après deux rappels infructueux, l'Hadopi peut décider d'envoyer le dossier de l'internaute récidiviste au Ministère public qui décidera des poursuites éventuelles. La seconde loi Hadopi prévoit une nouvelle contravention de 5ème classe pour « négligence caractérisée » si l'abonné, après la seconde recommandation, n'a pas sécurisé son accès internet et a donc laissé faire les échanges illégaux. Par le biais d'une ordonnance pénale simplifiée qui permet une sanction plus rapide, le juge peut alors prononcer une peine qui peut aller jusqu'à la suspension de l'accès internet. Selon les statistiques sur l'impact de la riposte graduée disponibles sur le site www.hadopi.fr, les pratiques d'échanges illégaux sur internet diminueraient.

Le Royaume-Uni a mis en place un système de réponse graduée en 2010, par l'adoption par la Chambre des Communes le 8 avril 2010 du Digital Economy Act régulant les médias numériques. Il est prévu la possibilité pour les ayants droit, sous le contrôle du régulateur des télécommunications – l'OFCOM – d'obliger les fournisseurs d'accès à internet de restreindre ou couper l'accès à internet des internautes se livrant à des échanges en ligne non autorisés d'œuvres protégées par le droit d'auteur, et ce malgré la réception d'une lettre d'avertissement. Il incombe à l'OFCOM de préparer un code qui fixera les modalités qui permettront de mettre en œuvre les obligations techniques des fournisseurs d'accès à internet, et qui sera destiné à accompagner le Digital Economy Act. Le système n'est pas encore mis en place à l'heure actuelle, le code n'étant toujours pas opérationnel.

En dehors des initiatives législatives peuvent intervenir des initiatives « privées », qui émanent des acteurs eux-mêmes, et non d'un texte législatif. C'est le cas de **l'Irlande** où la société de gestion IRMA a mis en place un système de réponse graduée dans un cadre privé, avec la collaboration d'un fournisseur d'accès à internet, **Eircom**. Selon cet accord, sur base de preuves collectées par les ayants droit - eux-mêmes informés par des sociétés tierces, travaillant dans la détection d'échanges illégaux sur internet, le fournisseur d'accès, après l'envoi de deux lettres d'avertissement, suspend la connexion internet de l'utilisateur, sans que les ordres de suspension ne doivent passer devant un juge pour accord. En pratique, il est prévu que l'utilisateur ne pourra plus bénéficier de son accès internet pour une période de 7 jours, dans les cas où trois avertissements lui auront été adressés. Sa connexion pourra être suspendue pour un an si d'autres atteintes étaient encore identifiées par après. La société IRMA a essayé de faire pression sur les autres fournisseurs d'accès irlandais pour qu'ils adoptent à leur tour un tel mécanisme, mais sans succès. A ce titre, le 11 octobre 2010, la Haute Cour de Dublin a jugé qu'« un fournisseur d'accès (en l'occurrence UPC Broadband) n'était pas obligé de participer à la réponse graduée en identifiant les internautes pour ensuite suspendre leur connexion en cas d'échange illégal et que la loi irlandaise ne comprenait aucune base juridique à un système de réponse graduée ». Le système a également été condamné par la commission pour la vie privée fin 2011 pour cause de violation de la vie privée des abonnés. Un jugement du 27 juin 2012 du

⁵³ <http://www.hadopi.fr/la-haute-autorite/la-haute-autorite-presentation-et-missions>

Commercial Court donne tort à la Commission irlandaise pour la vie privée et déclare que le système irlandais ne commet pas d'infraction à la vie privée des abonnés.

En dehors de l'Europe, un système de réponse graduée a été mis en place au **Corée du Sud** et en **Nouvelle-Zélande**. La Corée du Sud a mis en place un système de réponse graduée en 2009. La loi sur le droit d'auteur, permet de limiter la responsabilité des intermédiaires sur Internet s'ils collaborent en vue de supprimer ou de mettre fin à la transmission de contenus identifiés comme étant en infraction. Un décret présidentiel prévoit une procédure initiale impliquant le ministère de la Culture et la Commission coréenne du droit d'auteur avant de pouvoir supprimer un contenu ou mettre en garde un contrevenant et fermer son compte Internet comme sanction ultime. La loi coréenne prévoit deux types de procédure selon que le contrevenant est un individu ou un site d'échange de type Bulletin Board.

En **Nouvelle-Zélande**, le système est entré en vigueur le 1er septembre 2011. Début novembre 2011, le système de réponse graduée a été lancé avec l'envoi des premières lettres d'avertissement aux internautes qui méconnaissent la loi.

b) Les pays dans lesquels le système est en projet

En **Belgique**, le sénateur Miller, précédé quelques mois plus tôt du sénateur Monfils, a déposé une proposition de loi « visant à promouvoir la création culturelle sur Internet ». La proposition prévoyait un procédé de réponse graduée en 4 étapes (cfr. supra).

En **Allemagne**, après un rejet de l'adoption d'une telle solution dans un premier temps, le Ministre de la culture a annoncé fin mai 2011 qu'il envisageait de mettre en place un mécanisme de réponse graduée semblable au modèle Hadopi. Il est nécessaire selon lui pour les fournisseurs d'accès à internet de « prendre leurs responsabilités ». Il a également annoncé qu'il rejetait la proposition de licence globale, système qu'il juge « inapplicable » et « anticonstitutionnel ».

Réactions des membres du Conseil

En ce qui concerne l'obligation de sécurisation des connexions internet, il est signalé que le système de la "riposte graduée" repose sur une présomption de responsabilité/imputabilité de l'utilisateur vis-à-vis de l'infraction via sa connexion internet. En Belgique, quelques acteurs sur le marché offrent également la possibilité de partager une large bande avec des voisins ou même de simples passants. Une adresse IP différente serait toujours octroyée à la propre connexion à large bande et à l'autre connexion à usage public. Dans ce cadre, la question de la responsabilité éventuelle des réseaux que les universités et bibliothèques mettent à disposition est également posée.

En ce qui concerne le champ d'application, le Conseil est d'avis que si un tel modèle répressif est introduit, il faudrait également étudier la question du statut du téléchargement (download) à partir d'une source illégale (copie privée ou non?) (voir supra chapitre I). Un membre ayant droit indique ne pas être partisan d'un modèle répressif si seul un téléchargement (download) a lieu chez l'utilisateur. Le membre se demande cependant si le système de réponse graduée ne peut pas être appliqué aux sites internet. A ce sujet, il est renvoyé au Ley Sinde espagnol qui prévoit de telles procédures à l'égard de sites internet. Dans d'autres pays, les travaux s'orientent vers un modèle de "notice & action", dans le champ d'application plus large du commerce électronique. Le Conseil estime qu'il faut examiner dans quelle mesure les modèles répressifs proposés peuvent être utilisés pour lutter contre des infractions du côté de l'offre (par exemple, sites internet illégaux).

En rapport avec les sanctions possibles, une grande majorité du Conseil estime que la coupure de la connexion internet est une mesure qui pose des questions importantes au regard des libertés et droits fondamentaux et peut paraître à certains déséquilibrée.

Aucun membre du Conseil ne souhaite introduire une telle mesure. Il est néanmoins fait remarquer qu'il devrait appartenir au juge de décider si la coupure de la liaison internet est une mesure proportionnelle par rapport à la gravité de l'infraction.

Le Conseil s'interroge également sur l'effet dissuasif qu'un tel système pourrait avoir, compte tenu du délai écoulé entre l'infraction, la condamnation éventuelle et la mesure.

B. LES SYSTEMES D'AVERTISSEMENT

Présentation par le CRIDS

Il s'agit en effet d'un mécanisme de réponse graduée « atténuée », car le système fonctionne comme les deux premières étapes de la réponse graduée, mais sans la troisième, celle de la sanction de coupure ou suspension de la connexion internet du contrevenant.

En **Norvège**, le Gouvernement a déposé une proposition de modification de la loi n° 2 du 12 mai 1961 (*Copyright Act*)⁵⁴, prévoyant la mise en place de mesures contre le partage illégal de fichiers et autres atteintes au droit d'auteur sur internet (surveillance et enregistrement de l'adresse IP, identification, blocage de sites web sur lesquels le droit d'auteur fait de toute évidence l'objet d'une atteinte considérable). Le Gouvernement norvégien a répugné à adopter un quelconque mécanisme de réponse graduée, mais désire plutôt faciliter légalement l'identification individuelle des internautes se livrant à des pratiques d'échanges illégaux sur internet pour les ayants droit, ainsi que l'envoi d'injonctions pour forcer les fournisseurs d'accès à internet à bloquer les sites coupables d'atteintes au droit d'auteur, avec une option pour le législateur entre deux alternatives : soit la compétence d'ordonner le blocage reviendrait à l'Autorité norvégienne des médias, soit cette prérogative reviendrait à un tribunal.

Le 29 octobre 2010, la **Finlande** a déposé un projet de loi visant à combattre les contrefaçons d'œuvres protégées sur Internet. Le projet prévoit l'instauration d'un mécanisme de réponse graduée, mais atténué. Il se limite aux deux premières étapes du système – l'identification du personne se livrant à des pratiques d'échanges illégaux sur internet et l'envoi d'avertissements – laissant donc tomber la troisième, celle de la sanction. A l'instar de la France, les ayants droit seraient chargés de collecter les adresses IP des personnes suspectées d'échanger ou d'offrir illégalement des œuvres protégées. Une fois récoltées, les ayants droit enverraient ces adresses aux fournisseurs d'accès, qui seraient alors tenus d'envoyer les lettres d'avertissement sous forme de courriers électroniques aux abonnés titulaires de ces adresses IP. Si ces derniers ignorent les avertissements, ils ne subiront pas la troisième phase de la réponse graduée, à savoir la coupure de leur connexion Internet. La méthode finlandaise se veut donc **plus éducative**, avec une volonté de responsabiliser les internautes, que punitive. Cette méthode se veut également respectueuse de la vie privée de l'internaute, le

⁵⁴ Proposed amendments to Act no. 2 of 12 May relating to copyright in literary, scientific and artistic works (Copyright Act), document disponible sur <http://www.scribd.com/doc/68735157/Norvege>.

Gouvernement finlandais assurant que l'identité de l'abonné resterait entre les mains du fournisseur d'accès et ne serait en aucun cas révélée à l'ayant droit collectant les adresses IP.

En **Suède**, le législateur a adopté une loi qui a pour objet de transposer la directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle. Cette loi est également destinée à réprimer les échanges illégaux d'œuvres sur Internet – dite « loi IPRED ». Son objectif est que les titulaires de droits puissent obtenir plus facilement les données à caractère personnel des internautes s'adonnant à ces pratiques illégales en forçant les fournisseurs d'accès à internet à leur fournir ces données grâce à une décision de justice. Sur base de ces informations, les ayants droit pourront envoyer directement un avertissement à l'utilisateur et éventuellement introduire une action civile dans le cas de récidive. La CJUE a été amenée à se prononcer dans l'affaire *Bonnier*⁵⁵, sur la conformité de la législation suédoise au droit de l'Union européenne. Dans cet arrêt, la CJUE s'est posée la question de savoir si la loi suédoise répondait aux exigences qui découlent des arrêts *Promusicae* et *LSG*, à savoir « *assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droit d'auteur, et la protection des données à caractère personnel dont bénéficie un abonné à Internet ou un utilisateur d'Internet* ». Selon la Cour tel est le cas car « *cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence* ».

Réactions des membres du Conseil

Une grande majorité des membres du Conseil considère qu'un tel système est proportionné et peut être soutenu comme approche.

Les représentants des fournisseurs de service Internet accueillent en outre favorablement l'analyse des modèles et les mesures dans d'autres pays et estiment que c'est très utile pour le débat actuel. Ils insistent cependant sur le fait que ces mesures doivent être suffisamment spécifiées avant de pouvoir juger de leur proportionnalité. Ils ne peuvent par conséquent pas soutenir la partie de l'avis qui considère en général les 'systèmes d'avertissement' comme pouvant être proportionnels.

Les représentants des consommateurs soulignent la nécessité de prendre en compte dans l'analyse d'un système d'avertissement le respect de la vie privée.

C. LE BLOCAGE DE SITES INTERNET

a) Les pays dans lesquels le mécanisme est implémenté

En **Espagne**, la question de l'échange et de l'offre illégale en ligne est réglée par le *Ley Sinde*⁵⁶, qui prévoit la possibilité pour les ayants droit de bloquer les sites internet qui proposent du contenu illégal violant le droit d'auteur, via une procédure accélérée.

⁵⁵ Arrêt *Bonnier* du 19 avril 2012 (C-461/10).

⁵⁶ La Ley 2/2011, de 4 de marzo 2011, de Economía Sostenible (LES)

Une Commission de la Propriété intellectuelle, organe administratif collégial de niveau national composé de juristes indépendants et d'experts en technologie, a été créée et organisée en deux sections. La première exercera des fonctions de médiation et d'arbitrage, elle jouera donc plutôt un rôle préventif. La seconde section pourra être saisie par les ayants droit en cas de partage non autorisé d'œuvres sur internet, et introduira les plaintes auprès du juge compétent, afin de faire bloquer ou fermer rapidement l'accès aux sites internet depuis lesquels des œuvres protégées par le droit d'auteur sont susceptibles d'être téléchargées. La seconde section envoie alors à l'administrateur du site une injonction de retirer, dans les 48 heures, le contenu contrevenant. Le retrait volontaire du contenu violant le droit d'auteur met fin à la procédure engagée. En cas d'inaction ou de refus de l'administrateur du site, le juge peut décider de fermer le site. Ces dispositions sont sans préjudice des actions civiles, pénales et administratives appropriées. Il s'agit d'une procédure accélérée de *notice and take down*, sa durée ne dépassant pas en moyenne dix jours. La Commission peut également ordonner à un prestataire de services de la société de l'information de divulguer les coordonnées d'un contrevenant, ou d'ordonner la fin du service, mais cette injonction, elle aussi, ne prend effet qu'après avoir été validée par un juge.

La loi est entre-temps entrée en vigueur et une série de sites sont maintenant traités par la Commission. Remarquons que la Cour suprême espagnole a été saisie d'une requête déposée par l'Association des usagers d'internet, quant à la constitutionnalité d'un recours administratif.

En dehors de l'Europe :

En Malaisie, une procédure existe pour bloquer des sites internet. Elle se déroule via la "Malaysian Communications and Multimedia Commission (MCMC)". Entre-temps, dix sites proposant du contenu illégal protégé ont déjà été bloqués.

Outre la mise en place de règles spécifiques en matière de piratage en ligne implémentées dans le droit interne des pays, il est possible de procéder au **blocage de site internet par les actions en cessation de contrefaçon** qui existent dans de nombreuses réglementations nationales, comme la Belgique par exemple. Nous reviendrons sur le blocage par voie jurisprudentielle au point II.

b) Les pays dans lesquels le mécanisme est en projet

Aux **Etats-Unis**, il y a actuellement deux propositions de lois déposées au Congrès qui proposent une modification en profondeur des moyens de lutte contre le piratage en ligne. Le projet « Stop Online Piracy Act » (SOPA) est examiné à la Chambre et le projet « Protect IP Act » (PIPA) est déposé au Sénat. Elles visent toutes deux à lutter contre le piratage d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur internet par un blocage des sites internet, à la fois nationaux et étrangers. Selon les propositions, les sites pourront être bloqués ou ils pourront se voir asphyxiés par l'imposition d'une part aux intermédiaires financiers de suspendre les revenus publicitaires de ces sites et de bloquer les moyens de paiement en ligne, et d'autre part aux moteurs de recherche de déréférencer le site. Les fournisseurs de services en ligne, des moteurs de recherche et des intermédiaires financiers, sur réception d'une ordonnance du tribunal relative à une action du Procureur Général, devraient prendre certaines mesures préventives, y compris empêcher l'accès au site contrefaisant, et dans ce cadre se verraient offrir une immunité de responsabilité s'ils prennent des mesures requises par la loi ou qui auraient volontairement bloqué l'accès ou mis fin à leur affiliation avec de tels sites. Ils seraient dès lors à l'abri de toute action ultérieure en dommages et intérêts émanant des sites bloqués par erreur. Le site serait d'abord bloqué et ce n'est qu'après qu'il pourrait faire appel au tribunal via une contre-

notification. De plus, l'infraction de contrefaçon du droit d'auteur serait étendue à la représentation publique d'œuvres protégées par transmission numérique et d'œuvres destinées à la diffusion commerciale en les rendant accessible sur un réseau informatique. Le streaming illégal d'œuvres protégées serait alors qualifié d'acte criminel.

Le vote des deux propositions, suite au nombre important d'oppositions exposées à leur rencontre, a été reporté à une date ultérieure par le Congrès américain, afin de laisser du temps à leurs concepteurs de corriger les principaux défauts soulevés par leurs opposants.

Selon les représentants des ayants droit, la grande erreur dans ce débat est que le blocage au niveau DNS (blocage du nom de domaine), repris littéralement dans les propositions, entraînerait un démembrement de la structure internet. Le blocage de The Pirate Bay dans une série de pays, parmi lesquels la Belgique, réfute cette thèse.

Il y a une volonté en **Irlande** de mettre en place un système de blocage de sites internet, après le rejet de son mécanisme de réponse graduée mis en place volontairement par un fournisseur d'accès à internet par la Commission vie privée irlandaise. Le tribunal a cependant annulé la décision de la Commission de la vie privée (voir ci-dessus).

En **Italie**, le décret Urbani n° 128 du 21 mai 2004 prévoit que les échanges illégaux d'œuvres sur internet, par le biais du *peer-to-peer*, sont passibles de sanctions pénales et administratives qui vont d'une amende de 15.493 € à un emprisonnement de 4 ans en cas d'échange de films ou de musiques. Le décret s'applique aux réseaux *peer-to-peer* et aux publications sur les sites de téléchargement direct – de type Megaupload ou Rapidshare. Le 6 juillet 2011, l'Autorité de régulation des communications (AGCOM) a adopté un projet de réglementation sur la protection du droit d'auteur en ligne. Par cette réglementation, l'AGCOM pourrait imposer aux FAI le blocage, sur simple décision administrative, de l'accès à tout site italien impliqué dans des violations du droit d'auteur ou facilitant ces violations. Ces sites feraient uniquement l'objet d'une procédure de *notice and takedown*, qui aura lieu dans un premier temps entre l'ayant droit et le fournisseur d'accès à internet, qui pourront se rendre devant l'AGCOM si la mesure de *notice* ne les satisfait pas. L'AGCOM a le pouvoir d'ordonner la suppression des œuvres protégées illégalement mises à disposition illégaux, avec une possible intervention du juge, la décision pouvant être contestée devant le tribunal administratif de Rome.

En **Norvège**, en plus d'un mécanisme d'envoi d'avertissements, une proposition de loi prévoit également des mesures en matière de blocage de sites internet. La proposition laisse le choix au législateur entre deux alternatives, l'ordonnance de blocage émanerait soit de l'Autorité des médias (avec recours devant le Conseil des plaintes, puis devant un tribunal), soit du tribunal. **Seuls les sites web dans lesquels le droit d'auteur fait de toute évidence l'objet d'une atteinte considérable peuvent être bloqués.**

Au **Danemark**, différents secteurs, sous le contrôle du Ministère de la Culture, sont parvenus à un accord sur une série de mesures concernant la piraterie, parmi lesquelles un règlement spécifique pour le blocage du site⁵⁷: **“Lignes directrices pour bloquer l'accès à des sites en infraction**: le secteur des télécoms et les titulaires de droits ont convenu d'un processus afin de bloquer l'accès aux sites en infraction. Les parties ont informé le Ministère de la Culture que cet accord sera formalisé

⁵⁷ Voir document disponible sur le site web du Ministère de la Culture danois:
<http://kum.dk/Documents/English%20website/Copyright/Strengthening%20the%20dev%20of%20legal%20creative%20content%20services%20online.pdf>

dans un Code de conduite écrit prévoyant que tous les FAI vont bloquer l'accès à un site portant atteinte à la décision finale du tribunal compétent. Cela signifie que les titulaires de droits ne doivent poursuivre qu'une seule entreprise de télécommunications, et que les autres FAI bloqueront automatiquement l'accès. Ce sera un processus automatisé par lequel les titulaires de droits ne doivent contacter qu'un seul FAI qui informera ensuite tous les autres FAI du jugement pertinent. Les parties ont informé le Ministère de la Culture qu'elles vont tenter d'associer d'autres parties concernées à ce processus, par exemple, des sites qui sont liés à des services illégaux .”

c) Le blocage de sites par la voie jurisprudentielle

De nombreux pays ont déjà procédé au blocage de site internet, non pas par la voie législative, mais par la voie jurisprudentielle, en combinant les dispositions légales mises à leur disposition. C'est principalement le site The Pirate Bay qui a fait l'objet d'attaques, son blocage ayant déjà été obtenu en Belgique, en Italie, au Danemark, en Finlande, au Royaume-Uni, en Irlande, ou aux Pays-Bas. En France, ce sont les sites de streaming du groupe Allo qui sont la cible des juges, mais pas encore The Pirate Bay.

En Autriche, le site Kino.to a été bloqué par l'UPC sur ordre du juge. Tant le blocage du nom de domaine que de l'adresse IP ont été ordonnés. Cette affaire a été transmise par la Cour suprême, le 15 juin 2012, à la Cour de Justice de l'UE avec une série de questions très pertinentes concernant le blocage du site et l'application de l'exception au droit de reproduction lorsque cette reproduction se fait au départ d'une source illégale⁵⁸.

En Grèce, les sites ellinadiko.com et music-bazaar.com ont été bloqués par 11 FAI grecs (dns/ip). Au Danemark, outre TPB, allofmp3 et Grooveshark ont également été bloqués (DNS). En Italie, les sites TPB, Btjunki et Kickasstorrents sont bloqués (dns/ip). Au RU, le site Newzbin.com a été bloqué sur ordre du juge (dns/ip + cleanfeed).

⁵⁸ Affaire C 314/12. Il s'agit d'une traduction non officielle des questions posées à la CJUE. The following questions are to be submitted to the European Court of Justice for a preliminary ruling:

Should Art. 8, Par. 3 of Directive 2001/29/EG (Information Directive) be interpreted in such a way that a person making protected items accessible on the Internet without the approval of the rights holder (Art. 3, Par. 2 of the Information Directive) uses the services of the access providers of those persons that access said protected items?

If Question 1 is answered in the negative:

Are copying for private use (Art. 5, Par. 2 b of the Information Directive) and transient, incidental publication (Art. 5, Par. 1 of the Information Directive) then only permissible if the master used for the copy was copied, distributed or made publicly accessible in a lawful manner?

If Question 1 or 2 is answered in the affirmative and judicial orders are therefore to be enacted against the user's access provider under the provisions of Art. 8, Par. 3 of the Information Directive:

Is it consistent with Union law, particularly with the weighing-up of the fundamental rights between the parties involved required under such law, to very generally prohibit an access provider (i.e. without the ordering of specific measures) from enabling its customers to access a particular website for as long as content is made accessible exclusively or very predominantly without the approval of the rights holders if the access provider can avert penalties for infringement of such prohibition by proving that it has already taken all the measures that can reasonably be expected of it?

If Question 3 is answered in the negative:

Is it consistent with Union law, particularly with the weighing-up of the fundamental rights between the parties involved required under such law, to impose particular measures on an access provider to prevent access for its customers to a website with content made accessible unlawfully if such measures require not inconsiderable effort and expense but can also easily be circumvented without any special technical knowledge?

En **Australie** les cinq plus grands fournisseurs d'accès du pays se sont associés pour présenter une proposition commune en matière de lutte contre le piratage en ligne. Une proposition commune du *Communications Alliance* – le premier organe de l'industrie des télécommunications – et de fournisseurs d'accès, avec la collaboration de compagnies de télécoms et de la *Internet Industry Association*, prévoit l'implémentation du système de l'envoi de lettres d'avertissements, mais contrairement au régime de la réponse graduée, sans la sanction de la coupure de l'accès à Internet. Les ayants droit devront retourner au système judiciaire pour punir les contrevenants persistants. La responsabilité de la surveillance des réseaux de partage de fichiers reposerait sur les ayants droit, qui ne pourraient utiliser que des systèmes de détection testés et approuvés. L'accent sera mis ici sur l'éducation des consommateurs.

Réactions des membres du Conseil

Les membres du Conseil sont d'avis que la lutte contre les atteintes au droit d'auteur sur Internet doit être prioritairement dirigée à l'égard des sites internet qui de manière manifestement illicite mettent des œuvres à la disposition du public.

Il est fait remarquer qu'en plus du blocage de sites on peut également penser à d'autres mesures, comme le "déclassement" dans les résultats de moteurs de recherche de sites internet portant atteinte au droit d'auteur. L'ISPA indique à ce sujet que l'efficacité de telles mesures, est, selon elle, limitée et comporte d'importants risques quant à la disparition de contenu légal des résultats de recherches.

En rapport avec le blocage de sites internet, il est signalé qu'il faut tenir compte d'autres libertés fondamentales, comme la liberté d'expression (par exemple exception pour parodie) ou la liberté d'entreprise. La question est posée de la proportionnalité de la mesure dans le contexte de sites internet qui comprennent une partie de contenu illégal, en plus du contenu/d'activités légales. Selon un membre des ayants droit, plusieurs situations des ayants droit doivent être identifiées et recevoir une approche spécifique.

L'effectivité des mesures de blocage de sites internet mettant de manière manifestement illicite des œuvres protégées à la disposition du public est également discutée.

Dans ce domaine, les ayants droit soulignent qu'il convient de faire une distinction entre le blocage du nom de domaine du site internet et le blocage de l'adresse IP d'un site internet. Dans le premier cas, l'enregistrement d'un nouveau nom de domaine sera suffisant pour rendre le site à nouveau accessible. Pour la deuxième mesure, ce n'est pas possible et cette mesure est donc plus efficace selon les ayants droits. Fin septembre 2010, un juge belge a décidé que Telenet et Belgacom devaient bloquer sept noms de domaine donnant accès au site internet illégal The Pirate Bay. Dans le courant du mois d'octobre, la décision est exécutée par Belgacom et Telenet et, après une mise en demeure par les ayants droit, 15 autres FAI belges exécutent volontairement la décision. Les gestionnaires de TPB enregistrent deux nouveaux noms de domaine (baiesdespirates.be et depiraatbaai.be). En avril 2012, après une plainte pénale avec constitution de partie civile ces noms de domaines sont bloqués par tous les FAI, à l'exception de 2 ISP's. Un représentant des ayants droit indique que le trafic au départ de la Belgique vers les serveurs de The Pirate Bay était inférieur de 3/4 (-74%) en juin 2012 par rapport à la situation avant la mesure de blocage (octobre 2011). Le trafic vers l'offre légale de musique a augmenté au cours de la même période: Itunes (+6%), Spotify (+108%) et Deezer (+26%).

Fin janvier 2012, les sites de "Megaupload" sont bloqués sur ordre des autorités américaines. Le trafic de la Belgique vers ces sites a diminué de 88 % (juin 2012). Peu après l'affaire Megaupload, des sites similaires cessent leurs activités illégales en n'autorisant plus l'échange de contenu. Le trafic de la Belgique vers un de ces sites, fileserve.com, a diminué de 90% (juin 2012)⁵⁹.

Selon les ayants droits il ressort de ces chiffres (Source: comscore) que le blocage des noms de domaines et/ou adresses IP des sites internet qui proposent du contenu de manière illégale a bien un effet dissuasif sur le marché illégal et n'est pas contourné de massivement comme le prétendent les opposants à de telles mesures.

Selon les représentants des fournisseurs d'accès ces données doivent être nuancées, et on ne peut en déduire des conclusions trop rapides. Les représentants des fournisseurs d'accès soulignent en outre que l'efficacité des mesures de blocage est selon eux, limitée, pour autant que – aussi bien lors d'un blocage DNS que IP – le contenu reste présent sur l'internet et reste accessible par divers moyens de contournement.

Un autre membre fait remarquer que le cadre législatif belge actuel transposant l'article 8,3 de la directive 2001/29/CE offre déjà la possibilité d'intervenir contre des intermédiaires. Le Conseil estime cependant qu'il faut étudier si cette disposition est suffisante en pratique.

Un membre expert estime à ce sujet que comparativement à d'autres domaines du droit, l'arsenal de moyens juridiques mis à disposition des ayants droit pour intervenir en cas d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle est déjà très étendu. Les représentants des ayants droit répondent à ce sujet que ceci est effectivement correct en ce qui concerne l'obtention d'une injonction de blocage mais ne vaut pas pour l'obtention d'une indemnité du préjudice subi vu l'exonération de responsabilité des intermédiaires.

SECTION 2 - Les systèmes d'autorisation

Présentation par le CRIDS

Des propositions ont été faites de recourir à certains mécanismes du droit d'auteur, dérogatoires, d'une manière ou d'une autre, au caractère individuel et exclusif des droits de l'auteur, afin de légitimer les pratiques d'échange d'œuvres, que ce soit par la voie d'une licence non volontaire, proposée en Belgique⁶⁰ et en Allemagne, la gestion collective obligatoire, proposée en Belgique⁶¹ et France, ou la licence collective étendue, que l'on retrouve au Danemark.

⁵⁹ Les représentants des ayants droit ont fait référence à deux articles sur l'impact du blocage de Mega-upload sur l'utilisation légale de contenu :

<http://www.europe1.fr/France/La-fin-de-Megaupload-profite-aux-videoclubs-956615/>

<http://www.europe1.fr/France/La-fin-de-Megaupload-profite-a-la-VOD-936417/>

⁶⁰ Proposition de loi déposée par M. Jacky MORAEL et Mme Freya PIRYNS visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, Sénat 2010-2011, document 5-590/1,

⁶¹ Proposition de loi favorisant la création culturelle sur Internet, déposée par M. Richard MILLER, Sénat 2010-2011, 5-741/001.

Aucune de ces solutions d'autorisation n'est toutefois en vigueur à l'heure actuelle. Notamment, la licence légale se heurte aux textes internationaux (voir ci-dessus section 3 du chapitre I).

Réactions des membres du Conseil

En premier lieu, il est rappelé l'analyse de ces modèles d'autorisation présentée à la section III. En résumé, on peut dire que les objections principales étaient: question de la conformité avec le test en trois étapes, la question de la conformité avec la liste exhaustive d'exceptions dans la directive 2001/29, la concurrence avec l'offre légale et les questions liées à la territorialité du modèle de licence.

Un membre – représentant des utilisateurs signale qu'il est partisan de licences collectives étendues pour les abonnés d'internet avec la possibilité d'un "opt-out", ou d'un « opt-in ». Ce membre ne remet pas en question les objections juridiques reprises à la section III contre un tel modèle, mais indique que cela illustre selon elle que le droit d'auteur est en retard par rapport aux développements technologiques.

Un membre des ayants droit renvoie à l'analyse qui a déjà été faite à la Section III de ces modèles d'"autorisation". Il se réfère aux conséquences destructrices d'un tel modèle sur les droits exclusifs des ayants droit et sur leurs industries respectives. Le modèle d'affaire et le modèle de financement dans le monde audiovisuel est basé sur des droits exclusifs forts. Actuellement, les distributeurs de films investissent, par exemple, dans la création de ces films parce qu'ils obtiendront quelques licences exclusives sur la base de droits exclusifs. Si l'on touche au droit exclusif, un préjudice est également causé à l'exploitation des œuvres (lien avec le test en trois étapes).

SECTION 3 - Décision d'inaction

Présentation par le CRIDS

Certains Etats, tels que **les Pays-Bas**, de manière non officielle, et la **Suisse** plus officiellement, ont décidé de ne pas intervenir par des mesures spécifiques, les solutions des autres Etats étant selon eux toutes critiquables. Il est intéressant de constater que le cadre juridique du droit d'auteur de ces deux pays est semblable. En effet, le téléchargement (download) d'œuvres pour un usage privé est autorisé, sans que ne se pose la question de savoir si la source est légale ou illégale. C'est l'acte de mise à disposition de l'œuvre sur internet (*upload*) qui est punissable s'il n'est pas fait avec l'accord du titulaire du droit.

Aux **Pays-Bas**, en 2009, plusieurs ministères ont commandé une étude sur les effets du partage de fichiers en ligne. Les conclusions de cette étude se sont révélées fort perturbantes pour toutes les parties au débat, que ce soit ceux qui accusent le partage de fichier de détruire la culture ou ceux qui l'exonèrent de toute responsabilité dans le déclin des industries culturelles. Ce rapport a été fort controversé car il va dans le sens d'une inaction des autorités au profit d'une autorégulation par le marché lui-même.

En **Suisse**, en 2010, le Conseil des Etats a chargé le Conseil fédéral d'examiner l'utilité de prendre des mesures contre les violations du droit d'auteur. Le Conseil fédéral a estimé que le cadre légal actuel suffisait et juge inutile une adaptation législative, de style Hadopi ou autre. Il « est d'avis que le cadre juridique tracé par le législateur suisse lors de la révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur en 2008 offre pour l'heure une marge de manœuvre suffisante pour parer aux utilisations d'œuvres dans l'environnement numérique. Il serait dès lors prématuré de légiférer. Il importe de donner au marché la possibilité de s'autoréguler afin d'éviter le maintien artificiel de structures dépassées. »

Réactions des membres du Conseil

En rapport avec les Pays-Bas, un membre expert indique qu'un débat intense concernant la neutralité du net a eu lieu. Selon ce membre, cela peut être considéré comme une façon de réagir à l'encontre d'une approche répressive visant à assurer le respect du droit d'auteur sur Internet.

Quelques ayants droit indiquent par contre qu'avant la chute du cabinet Rutten, le Ministre de la Justice Teeven a lancé certaines priorités concernant le droit d'auteur. Les ayants droit obtiennent entre-temps gain de cause dans le blocage des sites par la voie judiciaire.

En Suisse, selon les représentants des ayants droit, la réalité est différente : ce pays est confronté à un problème sérieux au niveau de l'hébergement de sites illégaux. Il n'existe ici cependant pas de variante 8.3 (Directive 2001/29/CE) qui prévoit la possibilité d'une procédure civile à l'encontre des intermédiaires. Les affaires pénales pour le droit d'auteur sont très rares et trainent des années selon eux.

Chapitre 3 - Protection et promotion de l'offre légale

En rapport avec la promotion de l'offre légale, qui selon certains membres mérite en général plus d'attention, il est fait remarquer que, dans le cadre de l'HADOPI français, un utilisateur d'internet en infraction reçoit un avertissement qui contient également des informations sur l'offre légale existante. Ce principe se retrouve également dans la proposition de loi R. Miller (obligations afin de développer l'offre légale). La proposition de loi de M. Miller comporte un volet destiné à favoriser l'offre légale. A la page 11 des Développements, les initiatives suivantes sont proposées :

- la création d'un site internet (sorte de site portail) contenant l'offre légale disponible par le Conseil de la protection des droits d'auteur sur Internet (article 25 de la proposition de loi).
- la reprise de certaines mentions dans le contrat d'abonnement conclu entre le titulaire d'accès et le fournisseur (article 5 de la proposition de loi, voir à ce sujet la discussion au chapitre I, section 3);
- l'obligation de compléter une liste des pratiques commerciales trompeuses visées dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (article 6 de la proposition de loi, voir à ce sujet la discussion au chapitre I, section 3).

Quelques membres du Conseil font aussi référence à une résolution au Parlement concernant le labeling⁶².

Un membre des ayants droit renvoie à un récent rapport d'HADOPI qui traite notamment de formes légales de streaming. Il est également fait remarquer qu'une sorte de label pour plateformes légales pourrait être envisagée, puisque le consommateur moyen, par exemple dans le cadre de l'internet-TV, ne voit parfois pas la différence entre ce qui est légal de ce qui ne l'est pas.

D'autres propositions formulées par des membres individuels du Conseil lors de la réunion du 5 mai 2012 concernent:

- L'établissement d'une forme de coopération entre l'Etat fédéral et les Communautés concernant l'utilisation de terminaux dans les bâtiments de bibliothèques, universités et autres institutions ;
- L'introduction d'un régime fiscal favorable (taxshelter, un moratoire tva, subsides R&D) pour l'implantation de plateformes légales en Belgique ;
- Le soutien du développement et de l'utilisation d'un moteur de recherche qui n'affiche que des alternatives légales dans la liste des résultats ;
- L'instauration d'un programme pour examiner le lieu du commerce de divertissement physique (cds, dvds, livres...) dans l'environnement numérique;
- L'information explicite des abonnés que l'accès au réseau ne peut pas être violé pour commettre des infractions au droit d'auteur. Ceci est déjà prévu dans le soi-disant "paquet télécom" de la directive européenne 2009/136 concernant le "Service universel"⁶³.

⁶² Proposition de résolution introduit par O. Henry en K. Lalieux visant la création d'un label "Offre légale.be" afin d'identifier clairement le caractère légal des offres en ligne en matière de téléchargement de contenus culturels sur Internet, Doc. Chambre 53, 2011-20012, 1797/001.

⁶³ Le considérant 26 de cette Directive stipule que "Pour prendre en compte les questions d'intérêt public concernant l'utilisation des services de communications et pour encourager la protection des droits et des libertés d'autrui, les autorités nationales compétentes devraient pouvoir produire et faire diffuser, avec l'aide des fournisseurs, des informations d'intérêt public relatives à l'utilisation de ces services. Ces informations d'intérêt

La directive 2009/136 (article 33.3) invite d'ailleurs le législateur à stimuler la coopération entre FAI et ayants droit afin de promouvoir l'offre légale en ligne, notamment en proposant et en diffusant les informations susmentionnées de manière coordonnée: *“Sans préjudice des règles nationales conformes à la législation communautaire visant à promouvoir des objectifs de la politique culturelle et des médias, tels que la diversité culturelle et linguistique et le pluralisme des médias, les autorités réglementaires nationales et les autres autorités compétentes peuvent favoriser la coopération entre les entreprises fournissant des réseaux et/ou services de communications électroniques et les secteurs qui souhaitent promouvoir les contenus licites dans les réseaux et services de communications électroniques. Cette coopération peut également recouvrir la coordination des informations d'intérêt public à fournir en vertu de l'article 21, paragraphe 4, point a), et de l'article 20, paragraphe 1.”*

public pourraient porter sur les infractions au droit d'auteur, d'autres utilisations illicites, et la diffusion de contenus préjudiciables, ...”

Ainsi, conformément à l'article 20.1, dernier paragraphe, de cette directive, le législateur peut “exiger que le contrat comporte toutes les informations pouvant être fournies par les autorités publiques compétentes à cette fin sur l'utilisation des réseaux et des services de communications électroniques pour se livrer à des activités illicites ou diffuser des contenus préjudiciables, ainsi que sur les moyens de protection contre les risques d'atteinte à la sécurité individuelle, à la vie privée et aux données à caractère personnel, qui sont visées à l'article 21, paragraphe 4, et concernent le service fourni.”

En outre, il est spécifié à l'article 21.4, point a), que le législateur peut exiger que les fournisseurs d'accès “communiquent gratuitement aux abonnés existants et nouveaux des informations d'intérêt public, si besoin est, en recourant aux mêmes moyens que ceux qu'elles utilisent normalement pour communiquer avec leurs abonnés. Dans ce cas, ces informations sont fournies par les autorités publiques compétentes sous une forme normalisée et couvrent, entre autres, les sujets suivants: a) les modes les plus communs d'utilisation des services de communications électroniques pour se livrer à des activités illicites ou diffuser des contenus préjudiciables, en particulier lorsqu'ils peuvent porter atteinte au respect des droits et des libertés d'autrui, y compris les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins, et les conséquences juridiques de ces utilisations (...).”

Chapitre 4 - Le phénomène dans un cadre économique plus large

Ni l'Office de la Propriété Intellectuelle, ni le Conseil de la Propriété intellectuelle ne disposent actuellement des moyens nécessaires pour réaliser des études concernant le comportement des utilisateurs d'internet. En rapport avec la dimension économique du phénomène, le Conseil de la Propriété intellectuelle recommande dès lors au Ministre de l'Economie que des études soient exécutées sur l'utilisation d'œuvres protégées sur Internet afin d'évaluer les mesures proposées.

L'établissement d'un inventaire des études existantes peut constituer un début pour fonder l'expertise nécessaire et par la suite de juger quelles études doivent encore être réalisées.