

Téléchargements d'œuvres protégées: l'impunité maintenue?

Jacques de Werra

Professeur de droit de la propriété intellectuelle et de droit des obligations à l'Université de Genève

La question du maintien et de la portée de l'exception d'usage privé dans l'environnement numérique est délicate. Elle fait l'objet de discussions animées dans le contexte des procédures de révision du droit d'auteur à l'étranger (notamment en Allemagne) comme en Suisse. A ce propos, la position adoptée dans le projet de modification de la loi suisse sur le droit d'auteur et dans le Message du Conseil fédéral y relatif du 10 mars 2006 concernant l'application de l'exception d'usage privé au téléchargement à des fins privées d'œuvres mises à disposition sans droit sur Internet suscite certaines réflexions.

La position tolérante du projet

L'art. 19 al. 5 du projet prévoit que «les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article, ni au droit à rémunération visé à l'art. 20, al. 3». Sans vouloir discuter ici cette disposition (dont la portée n'est au demeurant pas limpide) qui a pour objectif de créer un régime juridique favorable aux utilisateurs pour ce qui concerne les reproductions d'œuvres provenant de sources légales, force est de constater que celle-ci n'est pas applicable aux œuvres qui n'ont pas été mises à disposition en ligne de manière licite (soit avec l'autorisation des titulaires des droits). En d'autres termes, cette disposition ne s'applique pas aux œuvres qui sont mises à disposition sans autorisation sur les bourses d'échanges de fichiers accessibles gratuitement en ligne.

Ainsi, comme cela résulte du Message, le régime favorable aux utilisateurs institué par l'art. 19 al. 5 ne s'étend «pas aux reproductions réservées à l'usage privé d'œuvres téléchargées à partir d'une source illégale com-

me une bourse d'échanges» (FF 2006 3302). De telles reproductions seraient, selon le Message, en principe interdites en vertu de l'art. 19 al. 3 let. a LDA (qui prohibe la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché), le Message relevant toutefois que cette disposition ne s'applique pas aux reproductions faites dans un cercle de personnes étroitement liées. Dans ces circonstances, la position adoptée dans le Message est que les reproductions d'œuvres faites par un internaute à des fins privées à partir d'une source illégale (telle qu'une bourse d'échanges) est licite. Pour justifier cette approche, le Message relève que la distinction entre source légale et source illégale s'avérerait «peu aisée dans le cas concret», de sorte qu'aucune distinction ne pourrait être faite entre ces deux types de sources, toutes les copies privées devant ainsi être considérées comme couvertes par l'exception.

On peut toutefois douter de cet argument. En effet, sous réserve des œuvres mises à disposition dans un cadre particulier identifiable par les internautes (p.ex. sous une licence «Creative commons», cf. www.creativecommons.org), l'immense majorité des œuvres numériques mises librement à disposition sur Internet, tout particulièrement sur les bourses d'échanges, le sont sans autorisation des titulaires des droits. Dans ces circonstances, il semble que la distinction entre source légale et illégale puisse aisément être faite par les internautes.

En tout état, l'approche tolérante du projet suisse diverge de la solution plus sévère qui a été adoptée en Allemagne où l'exception de copie privée ne peut pas être invoquée lorsque la copie a été effectuée à partir d'un exemplaire produit de manière manifestement illicite (§ 53 paragraphe 1 de la loi allemande).

Zusammenfassung: Die Anwendung der Ausnahmebestimmung des privaten Eigengebrauchs stösst im digitalen Umfeld auf Probleme. Wird beispielsweise der Download von urheberrechtlich geschützten Werken von einer widerrechtlichen Quelle (z.B. Tauschbörse) vom Schutzbereich des Eigengebrauchs erfasst? Der Entwurf zum revidierten Urheberrechtsgesetz bejaht diese Frage. Man könnte sich allerdings überlegen, ob es im Kampf gegen den illegalen Onlinehandel nicht effizienter wäre, auch den Download zu privaten Zwecken strafbar zu erklären.

Résumé: *L'application de l'exception d'usage privé pose des questions délicates dans l'environnement numérique. Parmi celles-ci figure celle de savoir si le téléchargement d'œuvres protégées provenant d'une source illicite (telle qu'une bourse gratuite d'échanges de fichiers en ligne) peut être couvert par l'exception d'usage privé. Telle est la position adoptée dans le projet de modification de la loi sur le droit d'auteur. On peut toutefois se demander s'il ne conviendrait pas d'interdire de tels actes commis par les internautes en vue de tenter de lutter plus efficacement contre le marché de la contrefaçon en ligne.*

La répression des utilisateurs de bourses d'échanges?

Dans le contexte d'un renforcement de la lutte contre la piraterie, il paraît légitime de se poser la question du maintien de l'application de l'exception d'usage privé dans le cadre du téléchargement d'œuvres mises à disposition de manière illégale sur des bourses d'échanges de fichiers.

A cet égard, on peut relever que dans le cadre du projet de révision de la loi sur les brevets (FF 2006 1 ss), la proposition a été faite d'étendre la portée du droit exclusif sur la marque et sur le design dans le but de permettre au titulaire du droit concerné d'interdire l'importation, l'exportation ou le transit de produits contrefaits même lorsque ces actes sont effectués à des fins privées. Pour justifier ce renforcement de la protection, le Message du Conseil fédéral relatif à ces modifications indique que les importations – désignées comme «capillaires» – de produits contrefaits effectués par des particuliers sont dommageables dès lors que la demande des particuliers pour des produits piratés stimule l'offre. On constate ainsi une certaine volonté de donner aux titulaires de droits les moyens de s'en prendre désormais aux consommateurs (qui étaient jusque là à l'abri de tout risque de sanctions) afin de tenter de juguler le fléau de la contrefaçon. Ne devrait-on pas adopter une approche similaire à propos des téléchargements d'œuvres provenant de sources illicites effectués par des particuliers? Ne devrait-on pas instituer les moyens juridiques de lutter contre le phénomène – tout sauf «capillaire» – qui est celui des bourses d'échanges illicites de contenus protégés accessibles sur Internet? En effet, malgré le succès de certaines procédures judiciaires (p.ex. la décision de la Cour

suprême américaine dans l'affaire Grokster), force est de constater que les moyens d'agir efficacement contre les opérateurs de bourses d'échanges restent limités essentiellement en raison du caractère décentralisé et virtuel de leurs activités. Dans ces circonstances, l'adoption de moyens de répression contre les utilisateurs des bourses d'échanges illicites viserait à tenter de réduire la demande de tels services (faute pour les titulaires de droits de pouvoir agir efficacement contre l'offre).

La nécessité de maintenir l'exception d'usage privé

Aussi souhaitable que puisse paraître l'adoption d'une politique plus répressive à l'égard des consommateurs de contenus protégés mis illégalement à disposition sur Internet, il va de soi que ceci ne devrait pas conduire à la disparition de l'exception d'usage privé. Cette exception doit en effet être maintenue en faveur des utilisateurs légitimes des œuvres. Dans l'environnement numérique, l'exception d'usage privé ne pourra pratiquement s'exercer que pour autant que les œuvres ne soient pas protégées par des mesures techniques de protection. Si tel est le cas, il est certes prévu que le bénéficiaire de l'exception ne soit pas punissable s'il contourne les mesures de protection techniques dans le but de procéder à une utilisation licite de l'œuvre (art. 39a al. 4). Cette absence de punissabilité ne lui permettra toutefois pas de jouir effectivement de l'exception s'il ne dispose pas lui-même des moyens technologiques de contourner les mesures de protection. Mais, ceci est un autre problème... que devra peut-être résoudre l'«observatoire des mesures techniques», la nouvelle institution prévue dans le projet de loi destinée à agir comme médiateur entre les parties concernées. ■