

Comité consultatif sur l'application des droits

Quatorzième session
Genève, 2 – 4 septembre 2019

ÉTUDE SUR LES MESURES DE DÉFENSE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, EN PARTICULIER LES MESURES DE LUTTE CONTRE LE PIRATAGE DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE – RÉSUMÉ*

*Document établi par M. Frederick Mostert, professeur invité de la faculté de droit Dickson Poon du King's College de Londres et chargé de recherche au Centre de recherche en propriété intellectuelle d'Oxford, et Mme Jane Lambert, avocate, Gray's Inn, Londres, Royaume-Uni***

RÉSUMÉ

La présente étude donne un aperçu des stratégies actuelles de lutte contre les atteintes en ligne au droit d'auteur, et met plus particulièrement l'accent sur les actions mises en œuvre à travers le monde face au piratage dans l'environnement numérique. Elle examine le problème du piratage en ligne à l'échelle mondiale, ainsi que les différents types de mesures et d'outils numériques utilisés par les titulaires de droits, les plateformes en ligne, les gouvernements et les autorités judiciaires. Cette étude se penche également sur les questions d'anonymat et le problème du "jeu de la taupe", ainsi que sur les difficultés que peut poser la conciliation de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression artistique et de parole ou le droit au respect des données à caractère personnel et de la vie privée et la protection du droit d'auteur. Elle met l'accent sur les lacunes des mesures juridiques en place et les discussions en cours concernant la possibilité d'élaborer des lignes directrices mondiales, afin d'aborder l'actuel dilemme d'une manière uniformisée.

* Cette étude a été entreprise grâce à un soutien financier du Ministère de la culture, des sports et du tourisme (MCST) de la République de Corée. Le texte intégral anglais est disponible à l'adresse : https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=50412.

** Les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs, et ne sont pas nécessairement partagées par le Secrétariat ou les États membres de l'OMPI.

I. INTRODUCTION

1. La technologie numérique a apporté de nombreux avantages, mais aussi quelques inconvénients. L'un de ces derniers est le piratage en ligne, c'est-à-dire la réalisation et la distribution non autorisées de copies de films, photos, logiciels, enregistrements sonores et autres œuvres artistiques ou littéraires sur Internet ou d'autres réseaux informatiques. La technologie numérique permet de produire un nombre illimité de copies parfaites de ces œuvres, et de les diffuser instantanément, n'importe où dans le monde. Elle menace, par conséquent, la viabilité d'industries comme celles de la radiodiffusion, du divertissement, du cinéma, de l'édition, de la production d'enregistrements sonores, du logiciel ou d'autres secteurs créatifs, ce qui a, à son tour, pour effet de démotiver les créateurs de nouveaux contenus.

2. Ce rapport a pour objet de montrer de quelle manière les mesures de défense des droits ont été adaptées afin de pouvoir faire face aux problèmes posés par les atteintes en ligne au droit d'auteur.

II. LES DEFIS DE L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE

3. À l'époque où les enregistrements de films, musique, photos, logiciels et œuvres artistiques et littéraires se faisaient sur des supports magnétiques ou optiques ou sur papier, toute copie non autorisée pouvait être saisie dans un entrepôt ou à un point de distribution, ou encore être retenue dans un port ou un aéroport. Il est beaucoup plus difficile de faire respecter le droit d'auteur dans l'environnement numérique, et cela, pour les raisons suivantes :

- les fournisseurs de copies illicites sont difficiles à identifier parce que la technologie numérique leur permet de rester dans l'ombre;
- même s'il est possible de fermer les sites Web et autres plateformes de commercialisation et de distribution de matériel illicite, d'autres peuvent apparaître presque immédiatement, ailleurs sur Internet, pour les remplacer. Le présent rapport parle à cet égard de "problème du jeu de la taupe", par analogie avec un jeu forain du même nom dans lequel des "taupes" que le joueur force à rentrer dans leur trou en frappant dessus à l'aide d'un maillet réapparaissent immédiatement ailleurs sur le stand forain;
- le volume de matériel illicite que la technologie numérique permet de distribuer est gigantesque;
- des questions de juridiction se posent souvent, car les atteintes ne sont pas nécessairement commises dans le pays dans lequel leur auteur est établi;
- le partage de renseignements et la coordination des actions des autorités des pays face au piratage en ligne sont loin d'être des pratiques répandues.

4. La nécessité d'élaborer de nouvelles mesures pour contrer le piratage en ligne s'est donc imposée.

III. ÉLABORATION DE RÉPONSES AUX ATTEINTES EN LIGNE

5. De nouvelles mesures correctives judiciaires ont été développées dans plusieurs pays. La divulgation des informations relatives aux actes illicites peut être imposée aux intermédiaires tels que les administrations publiques et les fournisseurs de réseaux de télécommunication, les dossiers relatifs aux actes illicites peuvent être saisis et conservés, les biens acquis au moyen

d'activités illicites peuvent être gelés, des mesures conservatoires peuvent être prises au-delà des frontières nationales, l'accès aux sites Web et autres plateformes en ligne peut être bloqué et des tribunaux ont été établis pour régler les petits litiges en matière de droit d'auteur de manière peu coûteuse

6. Aux États-Unis d'Amérique, la Digital Millennium Copyright Act ("DMCA") oblige les prestataires de services Internet et les autres intermédiaires à retirer tout contenu illicite en cas de plainte de la part de titulaires de droit d'auteur, sous peine de perdre leur immunité contre toute action pour atteinte au droit d'auteur. La directive de l'Union européenne sur le commerce électronique¹ accorde, de la même manière, une immunité relative contre les actions pour atteinte au droit d'auteur, mais ne prévoit pas de procédure précise de retrait sur notification, contrairement à la DMCA ("*notification and take down*"). L'absence de dispositions à cet effet crée une incertitude qui a conduit, dans plusieurs États membres de l'UE, à des litiges dont certains ont été portés devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le retrait non justifié, dans certains cas, de matériel licite a donné lieu à des plaintes et à des actions de la part de tiers. Une autre difficulté réside dans le fait qu'un retrait n'est pas toujours efficace. Le matériel illicite qui a été supprimé dans un pays, en vertu de la DMCA ou d'une autre loi, réapparaît souvent dans un autre peu de temps après, tout comme les nouvelles pièces qui surgissent après que d'autres ont été chassées d'un coup de maillet au "jeu de la taupe".

7. Ces difficultés ont conduit plusieurs entreprises à élaborer leurs propres procédures de retrait sur notification. Un bon exemple à cet égard est celui du "guichet unique de la propriété intellectuelle" mis en place par la société Alibaba, qui permet aux titulaires de droit d'auteur ou autres droits de propriété intellectuelle d'inscrire leurs droits sur toutes les plateformes de la société. Les statistiques publiées par Alibaba semblent démontrer que le nombre de plaintes pour activités illicites décroît à mesure qu'augmente le nombre d'inscriptions de droits d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle auprès d'Alibaba.

8. L'une des manières de faire face au problème du "jeu de la taupe" est d'obliger les prestataires de services Internet et les autres intermédiaires à surveiller leurs réseaux afin de détecter les contenus illicites et à les retirer eux-mêmes d'office, chaque fois qu'ils apparaissent. Ce système est parfois appelé "*notice and stay down*". Plusieurs plateformes en ligne, y compris YouTube, ont mis au point des logiciels capables de déceler les contenus illicites, qui leur permettraient de se conformer à cette obligation. L'office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni a publié des propositions de procédures de ce type pour le Royaume-Uni, mais n'a pas encore fourni de détails en ce qui concerne leur mise en œuvre. La Cour fédérale de justice de l'Allemagne s'est montrée favorable à l'imposition d'une obligation d'empêcher toute réapparition des contenus illicites, mais la Cour de cassation française et la CJUE semblent avoir pris la position inverse. Il est évident qu'une telle procédure risquerait d'entraîner le retrait de contenus licites et, le cas échéant, des plaintes et des actions de la part des personnes touchées par un tel retrait.

9. L'article 17 de la directive de l'Union européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique² semble imposer une "obligation générale de surveillance" aux prestataires de services Internet et autres intermédiaires pour assurer le maintien de leur exemption de responsabilité pour atteinte au droit d'auteur. L'étendue des mesures que devront prendre les prestataires de services pour se conformer aux dispositions de cet article n'est pas encore clairement établie. Ils devront peut-être obtenir une autorisation préalable des titulaires de droit d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle. Il est à peu près certain qu'un renforcement de la procédure de retrait sur notification et, éventuellement, de la

¹ Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj?locale=fr>.

² Directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, disponible à l'adresse : <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

procédure dite de “*notice and stay down*” sera nécessaire. Le risque de retraits de contenus licites donnant lieu à des plaintes de tiers existe ici encore. L’élaboration de procédures permettant de déterminer s’il a été porté atteinte au droit d’auteur ou à d’autres droits de propriété intellectuelle sera nécessaire, et ces dernières devront être efficaces, rapides et transparentes.

10. Les prestataires de services Internet et autres intermédiaires ont élaboré et utilisent depuis de nombreuses années des techniques d’identification et de blocage de matériel pornographique et autres contenus à caractère offensant. Ces derniers temps, tribunaux et législateurs leur demandent d’utiliser ces techniques pour bloquer l’accès aux contenus qui portent atteinte au droit d’auteur et à d’autres droits de propriété intellectuelle. Le fondement juridique de l’exigence de blocage de l’accès aux contenus illicites imposée aux prestataires de services Internet dans l’Union européenne est l’article 8(3) de la directive sur la société de l’information³. Des dispositions similaires ont été adoptées dans des pays tels que l’Australie et Singapour. Si le blocage a pour effet de réduire l’accès aux sites litigieux, il ne le supprime pas complètement. Les contrevenants se prémunissent souvent contre les ordonnances de blocage en établissant dans d’autres pays de nouveaux sites qu’ils pourront ouvrir de manière pratiquement immédiate en cas de besoin. Ce n’est là qu’un exemple de plus pour illustrer le problème du “jeu de la taupe”. Au Royaume-Uni et dans bien d’autres pays, il faut s’adresser aux tribunaux pour obtenir une ordonnance de blocage, ce qui peut être coûteux, en particulier si l’on ne veut pas se laisser prendre de vitesse par des contrevenants résolus à la contourner.

11. La pratique du blocage de l’accès aux sites semble avoir donné de bons résultats dans des pays tels que le Danemark, où les prestataires de services Internet et les autres intermédiaires collaborent, par l’intermédiaire de leur association professionnelle, pour assurer le blocage intégral de l’accès aux contenus déclarés illicites par les tribunaux. Le Ministère de la culture du Danemark a élaboré, avec des représentants des fournisseurs de contenus et de la plupart des prestataires de services Internet, un code de conduite à observer pour tout blocage. Si un pirate dont le site a été bloqué par ordre d’un tribunal tente de transférer ses activités sur un autre site, ce code permet au secteur concerné de bloquer l’accès à ce nouveau site sans avoir besoin de demander une autre ordonnance au tribunal. Les utilisateurs qui persistent à suivre un pirate peuvent recevoir de l’association professionnelle un message les incitant à partager avec prudence, dans le cadre de la campagne “Share with care”.

12. Dans certains pays, par exemple au Portugal, les ordonnances de blocage peuvent être prononcées par des organismes administratifs représentant le gouvernement et l’industrie plutôt que par les tribunaux, quoique les décisions de ces organismes puissent être réformées par les tribunaux. D’autres pays comme la Lituanie ont des procédures qui se situent quelque part entre les modèles danois et portugais.

13. Les sites qui commercialisent des contenus illicites affichent souvent des publicités légitimes. Une manière évidente de faire pression sur ces sites est donc de dissuader les entreprises d’y publier leurs annonces. Au Royaume-Uni, l’unité des crimes contre la propriété intellectuelle de la police de Londres tient un registre des sites Web contrefaisants, qu’elle communique à titre confidentiel aux membres de l’association de l’industrie de la publicité en ligne. Le Danemark a mis sur pied un arrangement similaire connu comme “la machine à dérégler [le piratage]”. Alibaba a son propre système de surveillance du Web, qui dresse une liste noire des sites délictueux. D’autres entreprises, comme Amazon et eBay, préfèrent une

³ Directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information, disponible à l’adresse : <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj>.

“liste verte” des sites légitimes. Les moteurs de recherche Google, Bing et autres ont mis en œuvre des efforts pour identifier les sites fautifs et en limiter l'accès par les consommateurs⁴.

14. Le matériel illicite et les informations sur sa provenance et les activités qui y sont liées représentent un volume tel qu'il est difficile d'en surveiller l'évolution. Une solution à ce problème pourrait être d'utiliser la technologie des chaînes de blocs (*blockchains*) pour stocker et transmettre les informations relatives aux activités illicites. Cela présenterait notamment l'avantage de permettre le partage de ces informations entre États, et aussi entre le public et les secteurs privés au sein d'un même État. Des données stockées sur des plateformes de chaînes de blocs ont déjà été acceptées comme preuves par les tribunaux Internet chinois mentionnés au paragraphe 5. Plusieurs autres pays ont déjà adopté ou sont en train d'élaborer des lois permettant à leurs tribunaux de suivre cet exemple. La technologie des chaînes de blocs peut aider les gouvernements à s'acquitter de l'obligation de protection de l'information sur le régime des droits qui leur est faite par les traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes⁵, car il est difficile de falsifier des informations stockées dans des registres distribués.

15. Les nouvelles mesures d'application des droits et les aménagements apportés par la récente directive de l'UE au régime de responsabilité des intermédiaires d'Internet ont suscité de nombreux débats concernant la réalisation d'un équilibre entre la protection du droit d'auteur et les autres droits fondamentaux. Les critiques sont notamment préoccupés par le fait que le filtrage est une mesure draconienne, susceptible de nécessiter la prise de décisions d'une importance déterminante concernant des droits fondamentaux sous-jacents tels que la liberté d'expression. Le filtrage peut donner lieu, dans certains cas, à des contestations devant les tribunaux, lorsque des plateformes en viennent, par excès de prudence, à utiliser exagérément la pratique du blocage d'accès afin d'éviter tout risque d'engager leur responsabilité envers les titulaires de contenus.

IV. CONCLUSION

16. Compte tenu des difficultés évoquées au paragraphe 3, les ripostes traditionnelles aux actes de piratage, telles que l'engagement d'actions civiles, les inspections aux frontières et les poursuites pénales sont rarement efficaces et entraînent souvent des coûts prohibitifs. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont donc dû élaborer d'autres méthodes pour lutter contre le piratage en ligne. Ils ont notamment envisagé d'utiliser les tribunaux d'une manière différente, par exemple pour obtenir contre des tiers des ordonnances d'injonction de divulguer des informations ou des documents ou, contre des prestataires de services Internet, de bloquer l'accès à des sites Web interdits. Ils ont également conçu des mesures visant, par exemple, à dissuader les annonceurs de faire de la publicité sur des sites Web qui portent atteinte au droit d'auteur ou facilitent de telles atteintes. Ces méthodes ont permis d'obtenir quelques succès, mais il serait nécessaire d'améliorer la coordination et le partage de renseignements entre organismes des secteurs public et privé, au niveau national et international.

[Fin du document]

⁴ En février 2017, Google, Bing et Yahoo! se sont joints à des représentants d'industries de la création signataires d'un Code de pratique volontaire. Placé sous la présidence de l'Office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni, ce code évalue l'efficacité des efforts volontaires des moteurs de recherche pour combattre le piratage et fournit également un cadre pour le renforcement de la coopération au sein de l'industrie. Le code prévoit le retrait des liens menant à des contenus illicites de la première page des résultats de recherches, sur la base du nombre de demandes reçues par les moteurs de recherche au sujet de sites pirates particuliers.

⁵ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, disponible à l'adresse : <https://wipolex.wipo.int/fr/treaties/textdetails/12740> et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, disponible à l'adresse : <https://wipolex.wipo.int/fr/treaties/textdetails/12743>.