

# LES PRINCIPAUX ENSEIGNEMENTS

La lutte contre la contrefaçon d'œuvres culturelles sur Internet est un défi mondial tant au regard de l'ancrage solide du piratage dans les pratiques d'un grand nombre d'internautes que par le déplacement généralisé des usages vers le *streaming* comme alternative au pair-à-pair, et, depuis peu, vers le piratage de flux de télévision payants sur Internet (IPTV).

De nombreux pays se préoccupent de l'émergence de lecteurs multimedia<sup>2</sup> préfigurés avec des applications tierces (*add-ons*), lesquelles permettent ou facilitent l'accès à des contenus illicites. Ces lecteurs peuvent être installés sur la plupart des terminaux, et notamment sur des *boîtiers* raccordés au téléviseur, appelées *set-top boxes* (vendus entre 50 et 100 euros). Cette offre de services très bon marché menace l'économie des droits exclusifs des retransmissions sportives et des offres de contenus premium à l'acte ou par abonnement. Leur attractivité tient à la fourniture d'un guichet unique face à une offre légale fragmentée et dont le coût cumulé reste élevé. Les actions se multiplient à leur encontre au Royaume-Uni, au Canada, aux États-Unis ainsi qu'au Portugal et les ayants droit se mobilisent internationalement autour d'une *IPTV task force*. La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), saisie par les Pays-Bas a récemment considéré que la commercialisation de tels boîtiers ainsi configurés constituait un acte de communication au public.

Le piratage est devenu un phénomène multiforme et tentaculaire, dépassant la question initialement posée du partage d'œuvre entre internautes, qui nourrit désormais tout un écosystème lucratif parallèle.

C'est pourquoi les acteurs privés et publics étrangers sollicités, soulignent la nécessité de diversifier les moyens d'actions et les cibles à atteindre. Leurs principales recommandations portent sur l'adaptation et la simplification des procédures judiciaires, l'encouragement à l'autorégulation reposant sur du droit souple et des mécanismes extrajudiciaires, une synergie entre communication grand public et actions ciblées et une bonne articulation entre les dispositifs répressifs et incitatifs.

Toutefois, le coût et l'évaluation de l'efficacité de ces actions conduisent les acteurs publics et privés à réexaminer les dispositifs de lutte contre la contrefaçon et le piratage de masse.

Ainsi, le coût supporté par les acteurs privés (FAI et ayants droit) et l'évolution des usages ne sont pas étrangers à la décision prise dans plusieurs pays (Australie, Canada, États-Unis, Nouvelle-Zélande) de moduler ou d'abandonner la mise en œuvre de leur dispositif d'avertissement gradué. De même, les difficultés d'ordre financier constituent une limite au déploiement par les ayants droit, dans de nombreux pays, des mises en demeure indemnitaires adressées aux internautes et incitent à cibler les procédures vers les gros partageurs de fichiers piratés et à renforcer les sanctions associées.

En matière de lutte contre la contrefaçon commerciale, les actions mises en œuvre ou envisagées se heurtent également à la recherche d'efficacité et d'équilibre financier. Face au statut protecteur des hébergeurs ou aux limites territoriales se multiplient les démarches indirectes visant à impliquer les acteurs qui, sans participer aux actes de contrefaçon, peuvent contribuer à la lutte contre ces sites en cessant de les tolérer ou d'en tirer profit. L'effectivité du recours au juge reste par ailleurs suspendue aux difficultés de démonstration du caractère contrefaisant des sites visés, aux coûts élevés induits par ces procédures et décisions, ainsi qu'à la capacité à combattre la réapparition de « sites miroirs ».

La présente synthèse s'attache à dresser une typologie des dispositifs de lutte contre la contrefaçon en ligne existants, dispositifs mis en œuvre ou envisagés dans les dix-huit pays étudiés, selon qu'ils visent les internautes (en mettant en œuvre une logique de masse ou plus ciblée) (1) ou la contrefaçon commerciale (en cherchant à associer les acteurs économiques du secteur numérique dans cette lutte contre les sites massivement contrefaisants de *streaming*, téléchargement direct, ou de liens) (2).

Les initiatives visant à promouvoir l'offre légale, qui consistent souvent en la mise en œuvre d'un portail dédié à cette offre, ont été rattachées aux dispositifs visant les internautes, dans la mesure où elles s'adressent principalement à ces derniers.

---

2. Le logiciel Kodi étant le plus connu.

---

# 1 | DES DISPOSITIFS À L'ÉGARD DES INTERNAUTES : DE LA SENSIBILISATION À LA RÉPRESSION

---

Les actions à l'égard des internautes comportent différents volets :

- une communication de masse ayant vocation à accompagner le public vers un changement de comportement en le guidant vers l'offre légale et en le sensibilisant sur les risques des pratiques illicites. Dans la plupart des pays la mise en valeur et l'encouragement de l'offre légale constituent un volet prioritaire de la lutte contre le piratage ;
- des dispositifs ciblés à destination des internautes qui mettent à disposition des œuvres sur les réseaux de pair-à-pair. Parmi ceux-ci on distingue : les mécanismes d'avertissements gradués et les solutions strictement indemnitaires. Ces deux types de dispositifs pouvant être associés dans certains cas.

## LES ACTIONS DE MISE EN VALEUR DE L'OFFRE LÉGALE ET DE COMMUNICATION GRAND PUBLIC

Les actions conduites pour sensibiliser les internautes portent d'une part sur les risques encourus lorsqu'ils partagent ou consomment des contenus de manière illicite, et, d'autre part, sur la promotion de l'offre légale et l'accompagnement vers un changement des comportements.

Ces actions de communication prennent le plus souvent la forme de campagnes de communication grand public, ciblant parfois des populations spécifiques, notamment le jeune public. Ainsi, au Royaume-Uni, en amont du lancement du dispositif d'envoi d'avertissements aux internautes, une large campagne de sensibilisation a été mise en œuvre avec la diffusion d'une campagne publicitaire appelée *Get It Right from a Genuine Site*, laquelle s'est matérialisée par la diffusion de publicités à la télévision, la création d'un site Internet dédié<sup>3</sup> et des films d'animation sensibilisant les plus jeunes à l'offre légale.

D'autres stratégies consistent :

- à communiquer, le cas échéant avec l'appui d'internautes dont la culpabilité a été reconnue, sur les actions conduites dans le cadre de la lutte anti-contrefaçon et les condamnations prononcées (Japon, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas) et ce sur de nombreux supports, notamment les vecteurs utilisés par les internautes pour partager illégalement les contenus litigieux (plateformes UGC<sup>4</sup>, réseaux sociaux, etc.) ;
- à alerter les internautes sur les risques associés à la consultation de sites illicites (virus informatiques, vol de données personnelles, publicités intempestives). Des rapports préconisent en effet une telle approche au Canada et aux États-Unis. De même, en Australie, les ayants droit ont associé à leur communication, après l'obtention de la première décision nationale de blocage, une mise en garde quant à la présence de virus sur les sites illicites.

Les outils de promotion de l'offre légale plus communément utilisés sont très variés.

## LA LABELLISATION DE L'OFFRE LÉGALE

En Allemagne, le syndicat de la musique a créé un label (*PlayFair*<sup>5</sup>) devant être octroyé aux sites considérés comme légaux. Les ayants droit de l'audiovisuel ont, eux, créé un portail ([was-ist-vod.de](http://was-ist-vod.de)) qui liste les plateformes proposant une offre légale.

---

3. [www.getitrightfromagenuinesite.org](http://www.getitrightfromagenuinesite.org)

4. UGC : *user generated content*, ou, en français, contenu généré par les utilisateurs

5. [www.playfair.org/startseite](http://www.playfair.org/startseite)

Au Japon, le secteur de la musique a créé un label (*L Mark*) pour aider les internautes à distinguer les offres légales des autres. En Corée du Sud, l'initiative *Clean site* lancée en 2015 a donné lieu à la création d'un site Internet dédié, administré par les pouvoirs publics, qui certifie de la légalité des sites mettant à disposition des contenus culturels. Les plateformes peuvent alors faire figurer le logo *Clean site* sur leurs pages. La certification est ouverte à toutes les plateformes, y compris celles qui souhaitent changer de modèle et évoluer vers une légalisation du contenu qu'elles proposent. Le processus de certification implique la vérification que la plateforme assure la protection du droit d'auteur notamment en permettant la notification des contenus illicites, en consacrant un espace à la promotion de la légalité des contenus, en ayant une politique spécifique pour les internautes récidivistes, en ayant des ressources humaines dédiées à la lutte contre la contrefaçon et en coopérant avec les ayants droit ainsi qu'avec le gouvernement.

## **LA MISE EN PLACE DE PORTAILS DÉDIÉS À LA PROMOTION DE L'OFFRE LÉGALE**

Ces portails sont mis en place selon une approche transversale ou sectorielle (notamment *via* des plateformes dédiées à l'audiovisuel en Allemagne, Australie, Danemark, Espagne, États-Unis, Italie, Japon, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède). En Europe, cette initiative a été notamment portée par l'Observatoire européen des atteintes au droit de propriété intellectuelle de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) dans le cadre du projet *Agorateka*, qui vise à créer un agrégateur européen de l'offre légale. Les travaux réalisés dans cette perspective ont consisté dans un premier temps à s'appuyer sur les retours d'expérience d'agrégateurs existants, pour accompagner des pays pilotes dans la construction de leur agrégateur national, puis à créer un portail européen relayant l'ensemble des agrégateurs nationaux. La campagne publicitaire *Get It Right from a Genuine Site* menée au Royaume-Uni incluait un site Internet comportant une liste de sites dits « sincères ». De la même manière, au Japon, le projet *Manga-anime guardians anti-piracy project*, qui vise à renforcer la protection des mangas, produit culturel très consommé localement et rémunérateur pour les ayants droit comprend également un site Internet listant les mangas disponibles légalement sur Internet<sup>6</sup>.

## **LA DIFFUSION DE MESSAGES À DESTINATION DES INTERNAUTES SUR LES SITES FAISANT L'OBJET D'UNE MESURE DE BLOCAGE**

Les mesures visant à informer les internautes sur les raisons des mesures judiciaires de blocage (Australie, Italie) se multiplient, ces mesures pouvant éventuellement rediriger les internautes vers un portail de l'offre légale (Danemark, Portugal). Le projet de réforme suisse va même plus loin en associant de façon innovante répression de la contrefaçon et promotion de l'offre légale, en mettant comme condition aux actions des ayants droit (contre les internautes ou pour demander le blocage de sites), l'obligation de proposer légalement les œuvres illicitement mises à disposition sous n'importe quelle forme que ce soit, en ligne ou non.

## **LES ACTIONS ASSOCIANT LES MOTEURS DE RECHERCHE POUR SOUS-RÉFÉRENCER LES SITES MASSIVEMENT CONTREFAISANTS**

Les ayants droit sont confrontés à la nécessaire amélioration de leur stratégie de référencement par les moteurs de recherche (*Search Engine Optimization*). Au Royaume-Uni, un accord a été conclu en février 2017, sous l'égide du gouvernement, entre les moteurs de recherche<sup>7</sup> et les ayants droit<sup>8</sup>. Cet accord, qui est un code de bonne conduite juridiquement non contraignant, a pour objet d'engager Google et les principaux autres moteurs de recherche (Bing, Yahoo, etc.) à respecter des règles conduisant à sous référencer (donc à supprimer des premières pages des résultats de recherche) les sites massivement contrefaisants signalés. Dans le même but d'orienter les internautes vers l'offre légale à partir de la recherche d'une œuvre, aux Pays-Bas, des initiatives ont été conduites pour que les internautes qui utilisent les mots-clés « *torrents* » ou « *téléchargement illégal* » *via* les moteurs de recherche soient redirigés sur le portail de l'offre légale.

6. [www.manga-anime-here.com](http://www.manga-anime-here.com)

7. Google, Microsoft (Bing) et Yahoo pour les moteurs de recherche.

8. La *British Phonographic Industry* (BPI) pour la musique et la *Motion Picture Association* (MPA) pour l'audiovisuel.

## LES DISPOSITIFS D'AVERTISSEMENT À DESTINATION DES INTERNAUTES QUI PARTAGENT DES ŒUVRES SUR LES RÉSEAUX DE PAIR-À-PAIR

Les dispositifs étrangers d'avertissement à destination des internautes consistent à leur rappeler la loi et les risques encourus. Ils ne sont pas nécessairement associés à un dispositif de sanction prédéterminée ou à des étapes graduées en cas de réitération.

Au Royaume-Uni, le mécanisme d'envoi de recommandations aux utilisateurs de pair-à-pair, instauré au premier trimestre 2017 avec le concours de la *Motion Picture Association* (MPA), n'est pas assorti de sanctions. Financé par les ayants droit et les FAI, il est conçu comme l'un des volets d'une vaste campagne de sensibilisation du public intitulée *Get it Right*. Cette nouvelle approche stratégique, impulsée par les pouvoirs publics, fera l'objet d'une évaluation à l'issue de trois ans.

Le fondement juridique de chacun de ces dispositifs est l'autorégulation encouragée dans des proportions diverses par les pouvoirs publics (États-Unis, Royaume-Uni), ou le législateur (Canada, Nouvelle-Zélande, Suisse, Taïwan), ou encore le juge (Irlande). Une fois instaurés, la plupart des dispositifs fonctionnent le plus souvent entre acteurs privés sans recours à une autorité publique. L'intervention du juge est en revanche généralement requise au stade de la sanction, lorsqu'elle est prévue.

S'agissant des sanctions, elles ne sont pas intégrées de manière coordonnée dans ces dispositifs qui ont été conçus comme une alternative, ou à tout le moins, un préalable à des actions en justice contre les internautes.

Les dispositifs mis en œuvre peuvent :

- être strictement pédagogiques comme au Royaume-Uni ;
- donner lieu ensuite à l'engagement d'une procédure par les ayants droit (Nouvelle-Zélande, Suisse) et ce alors même qu'aucune sanction n'est associée en tant que telle au dispositif d'avertissement (Canada) ;
- prévoir à leur terme la mise en œuvre de mesures de restriction d'accès variées à l'encontre des abonnés par les FAI (États-Unis, Irlande, Taïwan) ou les plateformes (Corée du Sud), le cas échéant, sous le contrôle du juge.

Les retours d'expérience sur ces dispositifs permettent de tirer plusieurs enseignements.

Une première série de difficultés d'application de ces dispositifs tient à la participation et à la bonne ou mauvaise volonté des FAI, principalement lorsque leur implication n'est pas imposée par la loi et que leurs carences n'engagent pas ou marginalement leur responsabilité. Dans ces dispositifs d'autorégulation relevant de la logique partenariale (par ailleurs cofinancés par les FAI), ces derniers ont pu s'avérer peu enclins à transmettre les avertissements ou à tenir leurs engagements impliquant de sanctionner leurs clients, sans que les ayants droit ne disposent réellement de leviers pour les y contraindre.

Une deuxième série de difficultés tient à la répartition des coûts entre les FAI et les ayants droit.

Ainsi, le désaccord sur les coûts a empêché début 2016 la mise en œuvre d'un dispositif graduel en Australie. En Nouvelle-Zélande, le dispositif avait dès le départ été limité au secteur de la musique car le secteur audiovisuel l'avait jugé trop coûteux. L'industrie musicale a procédé à des notifications de 2011 à mi-2016, mais a cessé d'utiliser le mécanisme en raison de son coût.

Une dernière série de difficultés porte sur l'opportunité de ces dispositifs alors que la pratique du pair-à-pair décline dans certains pays au profit d'autres modes et pratiques illicites. Ainsi le débat se focalise sur la nécessité de mieux cibler ce type de procédure à l'égard des internautes en matière de pair-à-pair et de renforcer les sanctions associées.

Au Canada, le système d'avis est critiqué par les ayants droit pour son caractère purement pédagogique (y compris en cas de récidive) et du fait de difficultés d'application rencontrées avec les FAI. Certains ayants droit adressent désormais directement des mises en demeure chiffrées aux internautes.

Aux États-Unis, après quatre ans de mise en œuvre, il est apparu que la pédagogie avait trouvé ses limites à l'égard d'un noyau dur d'internautes qui persistent à partager des œuvres malgré l'envoi d'avertissements. Un retour sur investissement jugé insuffisant, la contestation des clés de répartition du coût entre ayants droit et FAI et la réticence de ces derniers à prendre des mesures de dégradation de la connexion Internet des abonnés incriminés ont conduit, d'un commun accord, à abandonner au premier trimestre 2017 le *Copyright Alert System*.

## LES DISPOSITIFS INDEMNITAIRES

Traditionnellement, le droit et la procédure civile permettent à toute personne lésée d'obtenir réparation en cas d'atteinte à ses droits par des tiers. Cette réparation peut intervenir de façon précontentieuse, dans le cadre d'un règlement amiable à la suite d'une mise en demeure de l'auteur de l'atteinte par le titulaire de droits.

En matière d'atteinte au droit d'auteur sur les réseaux pair-à-pair, l'envoi de mises en demeure indemnitaires directement adressées aux internautes contrevenants par les conseils juridiques des ayants droit se multiplient, sur la base des règles relevant de la logique transactionnelle (Australie, États-Unis, Royaume-Uni).

Au Canada, le dispositif d'avertissement, initialement prévu pour être pédagogique, est parfois utilisé par les ayants droit américains pour demander aux internautes le paiement de sommes d'argent. Par ailleurs, une action de groupe inversée (*reverse class action*) est actuellement pendante. Initiée par un ayant droit en vue d'obtenir une jurisprudence, elle permettrait de diminuer le coût d'identification des adresses IP sollicitées devant le juge (contre plusieurs contrevenants) dans le but de faciliter un contentieux indemnitaire de masse.

Au Royaume-Uni, face aux nombre d'abus constatés, une décision de justice dite « *Golden Eye*<sup>9</sup> », encadre cette pratique utilisée par certains ayants droit, et prévoit notamment que :

- la lettre de l'ayant doit faire apparaître, malgré injonction pour dévoiler l'identité d'un internaute, que celui-ci n'est pas encore regardé comme un contrefacteur ;
- le délai de réponse doit être raisonnable.

Au Pays-Bas, la BREIN, l'association d'ayants droit qui lutte contre le piratage, a fait le choix d'un dispositif indemnitaire qui se concentre sur les seuls gros partageurs de fichiers, quelle que soit la technologie utilisée. Elle disposerait notamment d'un logiciel dédié qui permet d'identifier les adresses IP des *primo-uploaders* et/ou des gros *uploaders* sur les réseaux pair-à-pair, l'objectif étant de parvenir à des accords transactionnels avec les contrefacteurs ou, à défaut, d'engager des poursuites. Ce logiciel a été validé en 2016 par l'autorité en charge de la protection des données personnelles, qui a toutefois imposé à la BREIN une obligation de communiquer sur la campagne qui allait être lancée à l'aide de ce nouveau logiciel.

L'Allemagne suscite beaucoup d'attention car elle organise par la loi un mécanisme indemnitaire à portée générale visant les internautes. Les ayants droit allemands sollicitent des entreprises spécialisées dans la surveillance des réseaux pair-à-pair afin que celles-ci collectent les adresses IP des internautes qui ont commis des infractions aux droits d'auteur. Compte tenu des règles de protection des données personnelles, l'ayant droit doit ensuite obtenir une décision du juge autorisant le FAI à lui communiquer, à partir d'une adresse IP, l'identité du titulaire de la connexion à Internet utilisée. L'intervention du juge ne vise donc pas à intenter directement une action à l'encontre de l'abonné mais à le mettre en demeure. La loi allemande<sup>10</sup> prévoit que la mise en demeure envoyée à l'internaute par courrier doit comporter sous peine de nullité : le nom de l'ayant droit s'il n'agit pas en son nom propre (représentation par un avocat), la nature du droit violé, le détail des sommes réclamées (en faisant une distinction entre les honoraires d'avocat et de procédure et les dommages-intérêts), la mention, le cas échéant, de la demande formulée par l'ayant droit à l'intention de l'abonné de s'engager par écrit à ne plus partager l'œuvre visée.

9. *High court of justice*, 26 mars 2012, *Golden Eye* : [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/723.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/723.html)

10. Article 97 a (2) de la loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins telle qu'amendée par la loi du 1<sup>er</sup> octobre 2013.

Outre leur faible acceptabilité par le grand public, ce type d'actions soulève, selon les traditions juridiques propres à chaque pays, des questionnements quant aux risques d'abus et au rôle du juge pour répondre aux exigences du contradictoire et à la protection des données personnelles.

Cette approche soulève également des difficultés financières qui limitent son déploiement de masse, tant les frais supportés par les ayants droit sont démultipliés (frais de surveillance des réseaux, frais de justice et d'avocats pour solliciter devant le juge l'identification de l'abonné, frais d'identification payés au FAI, frais d'avocats pour la mise en demeure). La loi limite par ailleurs la possibilité de les mettre à la charge des abonnés, et, en tout état de cause, les chances de recouvrer les sommes demandées demeurent incertaines sauf à poursuivre en justice l'abonné.

## LES CHIFFRES EN ALLEMAGNE

Outre les dépenses liées aux prestations techniques permettant le constat de l'infraction, l'identification de l'abonné à partir de son adresse IP implique le paiement par l'ayant droit :

- de frais de justice (avocat, huissier) pour introduire devant le juge une requête visant à obtenir les coordonnées de l'abonné. Le montant moyen de ces premières dépenses est d'environ de 200 euros par requête ;
- de l'indemnité versée au FAI pour la prestation d'identification qui est d'environ de 35 euros par lot de dix IP transmises.

L'ayant droit devra ensuite payer son avocat pour engager la procédure précontentieuse à l'encontre de l'abonné.

Pour autant, les demandes susceptibles d'être adressées à l'abonné sont encadrées dans leur montant :

- les montants des honoraires d'avocats et de frais de justice qui peuvent être reportés à la charge de l'abonné par l'ayant sont limités par la législation allemande à 500 euros ;
- Le juge opère un contrôle sur la proportionnalité des demandes de dommages et intérêts (200 euros de dommages-intérêts pour un album de musique).

Les chiffres suivants, datant de 2013, ont circulé dans la presse :

- les ayants droit auraient envoyé 109 000 courriers, demandant 90.3 millions d'euros de compensation ;
- la somme moyenne demandée par les ayants droit à un internaute était de 829,11 euros tout compris (frais d'avocat inclus) ;
- 15 % des internautes ayant reçu ces courriers auraient réglé la somme demandée.

Les dispositifs à l'égard des internautes sont pour l'heure essentiellement cantonnés à un seul vecteur de piratage, le pair-à-pair, et, ne sont pas étendus au *streaming* et au téléchargement direct, compte tenu notamment des contraintes techniques et des incertitudes juridiques pour déterminer le rôle de l'internaute. En tout état de cause et pour des raisons évidentes en terme d'efficacité et d'opportunité, les moyens d'action en matière de contrefaçon commerciale sont orientés contre les sites massivement contrefaisants.

---

## 2 | LES NOUVEAUX AXES DE LUTTE CONTRE LE PIRATAGE À DESTINATION DES SITES : UNE PANOPLIE D' ACTIONS À DÉPLOYER FACE À UNE PLURALITÉ D' ACTEURS

---

Un consensus existe au niveau international sur la nécessité de lutter plus efficacement contre le phénomène communément appelé « contrefaçon commerciale » qui est le fait de professionnels qui tirent des revenus en facilitant ou en induisant des actes de contrefaçon sur Internet.

Les procédures pénales ou civiles susceptibles d'être initiées contre les sites par les ayants droit s'avèrent souvent inadaptées face à la difficulté d'identifier les responsables de ces sites et à les appréhender, ceux-ci étant fréquemment localisés à l'étranger. Dans ce contexte, différentes démarches ont été entreprises afin d'impliquer les acteurs qui, sans participer aux actes de contrefaçon, peuvent contribuer directement à la lutte contre ces sites.

Les actions envisagées et mises en œuvre à l'international s'inscrivent dans cette stratégie visant à trouver des leviers pour faire participer le plus grand nombre d'acteurs du numérique à cette lutte contre le piratage et réduire les moyens et la visibilité des sites massivement contrefaisants.

Une autre perspective consiste à associer à terme à cette démarche (tout en respectant leur statut) les hébergeurs, en vue de permettre soit le retrait d'œuvres dont la diffusion n'aurait pas été autorisée soit leur monétisation en recourant aux technologies de reconnaissance de contenus.

Sans remettre en cause le statut des hébergeurs, le projet de directive présenté par la Commission européenne le 14 septembre 2016 ouvre le débat au niveau européen sur le rôle que ceux-ci pourraient jouer, par le recours obligatoire aux technologies de reconnaissance de contenus, dans le retrait ou la monétisation d'œuvres dont la diffusion n'aurait pas été autorisée. La généralisation d'un conventionnement entre les plateformes et les ayants droit permettrait également de mettre plus aisément en évidence le comportement récalcitrant de sites contrefaisants qui invoqueraient de manière fallacieuse le statut d'hébergeur. Leur refus de conclure de tels accords pourrait ainsi devenir un élément à charge permettant d'orienter les actions à leur encontre.

Se pose également dans plusieurs pays la question de l'implication, tant des moteurs de recherche pouvant être utilisés pour accéder à une œuvre illicitement (Canada, Danemark, États-Unis, Royaume-Uni), que des bureaux d'enregistrement du nom de domaine et/ou des organismes en charge de la gestion des extensions sous laquelle le nom de domaine est enregistré.

Les actions contre ces sites, qui soulèvent la question des critères pour retenir l'illicéité des sites, s'appuient sur deux axes.

Tout d'abord, la démarche désormais éprouvée dite « *Follow the money* » (frapper au portefeuille en français) – consistant à impliquer les acteurs de la publicité et du paiement en ligne pour assécher les revenus des sites massivement contrefaisants – fait consensus sur son utilité, bien que les modalités de mise en œuvre et les effets de ces mesures ne soient toujours pas clairement identifiés.

L'office du juge reste la voie d'action la plus conforme au principe de proportionnalité pour obtenir le blocage ou le déréférencement d'un site massivement contrefaisant. Ont émergées ainsi des procédures permettant de prévenir ou faire cesser une atteinte au droit d'auteur en enjoignant à un intermédiaire (indépendamment de toute mise en cause) de bloquer un site (pour un FAI) ou encore de le déréférencer, dès lors que l'intermédiaire est en position de prendre les dispositions permettant d'atteindre l'objectif souhaité. Leur effectivité demeure toutefois suspendue aux difficultés de démonstration du caractère contrefaisant des sites visés, aux coûts élevés induits par ces procédures et décisions à l'égard des FAI, ainsi qu'à la capacité à combattre la réapparition de « sites miroirs ».

## LA DÉTERMINATION PRÉALABLE DE CRITÈRES POUR QUALIFIER LES SITES MASSIVEMENT CONTREFAISANTS

Dans certains pays, des critères jurisprudentiels sont utilisés pour qualifier un site de massivement contrefaisant. Il s'agit le plus souvent de seuils ou pourcentages déterminés de contenus illicites : 66 % du site ou plus de 500 contenus illicites au Portugal, 70 % en Corée du Sud, ce pourcentage reste confidentiel au Royaume-Uni pour les actions de la police de Londres.

Une autre approche particulière pour les pays moins fortement soumis à des exigences relatives au statut d'hébergeur consiste en la création d'un statut dédié pour les sites massivement contrefaisants, sans définition de seuils. Ainsi, au Canada, la loi de modernisation du droit d'auteur de 2012 a prévu un régime dédié de responsabilité et de sanction des professionnels convaincus de contrefaçon en ligne. Il est ainsi prévu que « *constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir un service sur Internet ou tout autre réseau numérique principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service* ».

En Suisse, le projet de réforme prévoit d'imposer une obligation de retrait prolongé aux plateformes dont « *le modèle commercial repose sur l'encouragement de violations systématiques du droit d'auteur* ».

Le gouvernement britannique, dans sa stratégie pour lutter contre la contrefaçon en ligne pour les quatre prochaines années<sup>11</sup>, propose notamment – de faciliter les procédures judiciaires pour obtenir le blocage de sites contrefaisants en fournissant des informations détaillées sur le minimum de preuves à réunir pour obtenir le blocage d'un site – d'encourager la coopération internationale pour agir à l'égard de sites hébergés dans un pays étranger et visant le public d'un autre, notamment en examinant au niveau européen les options pour une reconnaissance mutuelle des preuves requises pour obtenir des injonctions contre les sites.

## L'APPROCHE FOLLOW THE MONEY OU « FRAPPER AU PORTEFEUILLE » : UN PREMIER BILAN

L'approche dite « *Follow the money* » est aujourd'hui mise en œuvre dans de nombreux pays (Danemark, Espagne, États-Unis, Italie, Japon, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède) et discutée dans plusieurs autres (Allemagne, Australie, Canada, Suisse).

La mise en œuvre de ces actions relève, sauf exception (en Espagne) d'une logique d'autorégulation entre les ayants droit (qui sont à l'origine de l'identification des sites susceptibles de faire l'objet d'assèchement financier) et les acteurs de la publicité ou du paiement en ligne (rompant leurs relations commerciales avec les sites).

Au niveau européen, un projet de *Mémorandum of Understanding* (MoU) préparé par la Commission européenne vise la coopération entre les ayants droit et les acteurs de la publicité pour assécher les revenus des sites contrefaisants par la conclusion d'accords volontaires. Ce document pointe les difficultés juridiques du recours à de tels mécanismes d'autorégulation au regard du droit de la concurrence et des libertés d'entreprendre et de communication sur Internet ainsi que le besoin d'évaluation de leur efficacité et d'un meilleur suivi des plaintes.

---

11. « IP enforcement 2020 » *Protecting Creativity, supporting innovation*, IPO, mai 2016.

Cette mesure s'inscrit dans le cadre de la stratégie numérique mise en place par la Commission européenne qui prévoyait de lutter contre le piratage en encourageant notamment les mécanismes d'autorégulation appelés *Follow the money* visant à tarifier financièrement les sites web pirates. La Commission soulignait également qu'en cas d'échec de cette initiative, elle se réserverait le droit d'explorer d'autres modalités pour renforcer la responsabilité des intermédiaires de service.

Il est possible de tirer un premier bilan des initiatives prises dans les différents pays étudiés.

## DES PARTENARIATS VARIABLES SELON LES ACTEURS

Les acteurs de la publicité semblent davantage s'engager que les acteurs du paiement, de sorte que l'autorégulation pourrait faire place à l'avenir à des dispositifs plus contraignants à l'encontre d'acteurs moins coopératifs.

## LA PLACE DES POUVOIRS PUBLICS

L'intervention de l'autorité publique dans certains pays permet d'apporter aux signataires des chartes des garanties en termes de fiabilité et de contrôle des sites concernés, ainsi qu'une meilleure évaluation de l'impact et de l'efficacité de ces actions.

Au Royaume-Uni, en septembre 2013, la Police de Londres a créé une unité dédiée aux infractions en matière de propriété intellectuelle, *the Police Intellectual Property Crime Unit* (PIPCU). Dans ce cadre, des accords ont été conclus entre la PIPCU, les ayants droit<sup>12</sup> et des acteurs de la publicité en ligne<sup>13</sup>, lesquels organisent la coopération des signataires pour l'établissement d'une liste de sites massivement contrefaisants par la PIPCU, sur proposition des ayants droit, et, la conduite d'actions à leur égard par les acteurs de la publicité.

En Espagne, la loi permet à la commission dite « *Sinde* » de demander aux intermédiaires de paiement et aux acteurs de la publicité de cesser de collaborer avec les sites qui refusent de retirer des contenus. La loi intervient à la suite d'un échec de l'autorégulation des acteurs privés afin de sécuriser les mesures prises par ces acteurs. La commission publie des rapports trimestriels sur son activité qui permettent de mesurer l'effectivité de leurs mesures.

Dans son *Joint Strategic Plan*, programme en matière de défense de la propriété intellectuelle pour les trois prochaines années publié en décembre 2016<sup>14</sup>, l'administration américaine annonce vouloir étudier les modalités d'engagement plus volontaristes aux côtés des acteurs du paiement et de l'industrie publicitaire. Elle souhaite une plus grande transparence dans les opérations conduites dans ces domaines *via* la mise à disposition de données anonymisées par les acteurs du paiement et de la publicité, de sorte que l'effectivité des actions puisse être évaluée.

En Allemagne, la mise en œuvre de ces mesures dans le cadre de la seule autorégulation a été bloquée au regard des risques d'atteinte au droit de la concurrence par les acteurs privés.

## LES PISTES DE RENFORCEMENT DES EFFETS DE CES DISPOSITIFS

Les sites massivement contrefaisants qui perdurent sont ceux qui s'adaptent à ces mesures en se tournant vers des régies proposant des publicités pour des services pornographiques ou de jeux en ligne, l'utilisation d'autres moyens de paiement (monnaie virtuelle) ou encore d'autres sources de financement. Ce dispositif d'assèchement dégrade ainsi la qualité de service et l'image de marque du site, dont le caractère illégal apparaît plus facile à identifier pour le consommateur de bonne foi. Au Royaume-Uni, la PIPCU s'est ainsi rapprochée de l'autorité chargée d'accorder des licences aux acteurs du jeu ou pari en ligne afin que les titulaires de licence soient sensibilisés sur le risque de se voir retirer leur autorisation d'exercer s'ils diffusaient des publicités sur des sites illicites.

12. La *Federation Against Copyright Theft*, la *British Recorded Music Industry*, l'*International Federation of the Phonographic Industry* – IFPI – et la *Publishers Association*.

13. L'*Internet Advertising Bureau local* (IAB) –, l'*Incorporated Society of British Advertisers* (ISBA) et l'*Institute of Practitioners in Advertising* (IPA).

14. La *Federation Against Copyright Theft*, la *British Recorded Music Industry*, l'*International Federation of the Phonographic Industry* – IFPI – et la *Publishers Association*.

Se pose donc désormais – au-delà des enjeux d’amélioration des dispositifs d’assèchement des ressources face aux stratégies de contournement développées par certains de ces sites pour survivre à ces mesures – la question de savoir comment accroître la portée juridique de ces dispositifs pour directement servir au blocage ou à la fermeture de ces sites.

Au Royaume-Uni, la PIPCU réfléchit dans cette perspective aux modalités d’actions avec les FAI pour obtenir le blocage des sites identifiés comme massivement contrefaisant et inscrits sur la liste. L’inscription d’un site sur la « liste noire » constituée par la PIPCU conduit aujourd’hui à l’envoi d’un courrier au bureau d’enregistrement du nom de domaine et/ou à l’organisme en charge de la gestion de l’extension sous laquelle le nom de domaine a été enregistré pour demander la suspension du nom de domaine. Ceux-ci étant situés à l’étranger, cette démarche rencontre par conséquent un succès mitigé. La PIPCU souhaiterait donc conclure des accords au niveau international pour travailler avec des organismes en charge de la gestion des noms de domaine étrangers voire avec des bureaux d’enregistrement.

Suivant cette même logique, la *Motion Picture Association of America* (MPAA) aux États-Unis aurait signé en février 2016 un accord avec le registre Donuts qui gère plusieurs extensions et notamment les « .movie » puis en mai 2016 avec le registre Radix, localisé à Dubaï, qui gère également plusieurs extensions et notamment les « .website » ou « .online ». Ces accords prévoient la possibilité de suspendre les noms de domaine des sites massivement contrefaisants notifiés par la MPAA. Par ailleurs, le programme américain en matière de défense de la propriété intellectuelle publié en décembre 2016 préconise la conduite de réflexions afin d’agir plus efficacement contre le *domain name hopping* pratiqué par les responsables de sites massivement contrefaisants dès qu’un nom ne peut plus être utilisé car il fait l’objet d’une décision de blocage voire d’une suspension.

## LES DISPOSITIFS EN MATIÈRE DE BLOCAGE DE SITE

Les mesures de blocage de sites font désormais partie de l’arsenal juridique de lutte contre la contrefaçon, des dispositions législatives en ce sens ayant été introduites dans la plupart des pays. De manière plus circonscrite et ciblée, peuvent être envisagées de simples injonctions à l’encontre d’une plateforme de prendre des mesures de « retrait prolongé » (*Stay down* en anglais) à l’égard d’une œuvre voire d’un catalogue (Allemagne, Espagne).

Les injonctions de blocage sont prononcées :

- soit sur saisine des ayants droits par décision du juge avec une injonction qui peut selon les pays être subordonnée ou non à la participation active (responsabilité) de l’intermédiaire à l’atteinte ;
- soit avec le concours d’une autorité publique dans la notification des demandes de retrait et les opérations de vérification auprès des plateformes. Dans cette seconde hypothèse l’autorité publique intervient en lien avec le juge (Italie et Espagne).

En Espagne, la commission *Sinde* est saisie par les ayants droit qui constatent la présence d’un ou plusieurs contenus contrefaisants sur un site qui porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle et qui a des liens suffisants avec l’Espagne. Si la commission juge recevable la demande des ayants droit, elle peut enjoindre au responsable du site Internet : de faire valoir ses observations dans un délai de 48 heures, de faire en sorte que le contenu ne soit plus accessible, de demander d’assurer le retrait pérenne (*Stay down*) ou l’interruption de l’activité qui porte atteinte aux droits d’auteur. La procédure a donc pour vocation première d’obtenir une cessation volontaire de la diffusion de contenus contrefaisants. En revanche, l’exécution forcée de ce type de décisions de la commission est subordonnée à une autorisation du juge.

Les limites et conditions de l'application de ces mesures de blocage doivent encore le plus souvent être précisées par les droits nationaux, notamment pour tenir compte d'un équilibre entre les différents droits fondamentaux en cause, mais également de la nécessité de mettre en place une procédure souple et rapide qui permette en particulier une adaptation des sites à bloquer pour tenir compte de la création de sites miroirs.

Sur ce point, la Commission européenne a, dans le cadre de la révision de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle (IPRED), interrogé les États membres pour identifier les obstacles persistants à la mise en œuvre effective de ces procédures. Les questions portaient notamment sur la charge de la preuve, la subsidiarité, la portée des décisions de justice en matière de prévention de nouvelles atteintes et l'existence de formes d'interventions extrajudiciaires.

Les dispositifs de blocage soulèvent ainsi (outre la question des coûts) deux obstacles majeurs récurrents pour lesquels certains pays avancent des solutions originales : les exigences en matière de preuve de l'illicéité du site et l'effectivité dans le temps des mesures de blocage.

## LA QUESTION DES COÛTS

S'agissant des coûts du blocage, certaines lois prévoient qu'il incombe aux ayants droit (Suisse) ou aux FAI de les supporter (Russie). En Australie et au Royaume-Uni, la jurisprudence a estimé qu'il incombait aux ayants droit de les supporter.

Au niveau européen, la jurisprudence reste incertaine s'agissant de déterminer quelle partie (entre les intermédiaires et les titulaires de droits) doit supporter les coûts de mise en œuvre des injonctions de blocage<sup>15</sup> notamment « *eu égard à la liberté d'entreprise* » des FAI et « *aux conditions prévues à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/48, qui exige que les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle ne soient pas inutilement complexes ou coûteuses* ».

## LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE CES MESURES POUR PRÉVENIR DE NOUVELLES ATTEINTES (PHÉNOMÈNE DE RÉAPPARITION DE SITES MIROIRS)

Nombre de pays partagent l'ambition de s'attaquer aux sites « miroirs » dont la réapparition rapide après une mesure de blocage d'un site illégal rend cette mesure inefficace.

Au Royaume-Uni, de nombreuses décisions de blocage de sites (au moins 163 sites bloqués avant 2017) sont prononcées par le juge à l'encontre des FAI sur le fondement de l'article 97A du *Copyright, Designs and Patents Act* 1988. Cette disposition transpose l'article 8.3 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur.

Elle est également utilisée par le juge pour viser, dès la première décision de blocage ordonnée sur ce fondement, les sites miroirs d'un site déjà reconnu comme portant atteinte au droit d'auteur<sup>16</sup>. À l'appui des premières demandes de blocage, les ayants droit avaient notamment invoqué le fait que les FAI disposeraient déjà d'une technologie permettant l'actualisation automatique des adresses à bloquer à partir d'une liste d'URLs dans le cadre de la lutte contre la pédopornographie (*Cleanfeed* ou dispositif similaire). Une liste des adresses à bloquer, cryptée, est en effet constamment actualisée et transmise aux FAI par l'*Internet Watch Foundation*, chargée de la lutte contre la pédopornographie.

---

15. CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10 ; CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH/ Constantin Film Verleih GmbH*, C-314/12.

16. *High Court of Justice, Chancery Division*, 28 juillet 2011, *20<sup>th</sup> Century Fox Film v British Telecommunications PLC*.

Les récentes décisions de blocage rendues au Royaume-Uni indiquent qu'il est désormais usuel en matière d'injonctions de blocage de permettre une actualisation des adresses IP et des URL à bloquer. Cette actualisation est mise en œuvre par les FAI, sans repasser devant le juge, au regard des informations transmises par les ayants droit.

Au Danemark, en vertu d'un accord de 2014 entre les FAI et les ayants droit, lorsqu'une décision de justice ordonne à un FAI de bloquer des sites, les autres FAI les bloqueront également volontairement sous sept jours, à leurs frais. Ce dispositif permet également, sans avoir à repasser devant le juge, un blocage facilité des sites miroirs.

En Russie, une interconnexion entre le régulateur qui ordonne le blocage et les FAI a été créée, afin de faciliter la transmission des informations et l'actualisation de la liste des sites à bloquer.