La crise de la sanction face à la cybercriminalité : l'exemple du droit d'auteur

Mémoire
Maîtrise en droit

Typhaine Bonnet

Université Laval
Québec, Canada
Maître en droit (LL.M.)

et

Université de Paris-Sud
Orsay, France
Master (M.)

© Typhaine Bonnet, 2017

Résumé :

La contrefaçon sur internet est un fléau mondial. Il s'agit d'une forme de cybercriminalité mettant en danger la rémunération des auteurs et plus largement toute l'économie du secteur culturel. Afin de lutter contre celle-ci, le législateur français n'a cessé d'augmenter les responsabilités pénales. Adoptant une approche opposée, le législateur canadien n'est intervenu que sporadiquement et sans s'attacher à modifier les recours criminels existants. Bien que diamétralement antagoniques, nous tenterons de démontrer que ces deux approches ont le même résultat : les sanctions pénales sont ineffectives. Le postulat étant posé, nous nous efforcerons de proposer des solutions permettant de remédier à cette ineffectivité.

Abstract:

The violation of copyright in the digital era is a worldwilde curse. It constitutes a cybercrime putting in jeopardy the authors' salary and, more largely, the entire economy of the industrial culture. In order to fight this kind of violation, the French legislator has created several criminal responsibilities. The Canadian legislator, for his part, has sporadically revising the Copyright Act, without modify the existing criminal proceedings.

Even though the French and Canadian approaches are antagonistic, we will try to demonstrate the fact that those approaches have the same result: they are ineffective. According to the assumption, we will endeavor to submit solutions that allow the rectification of the ineffectiveness of the criminal enforcement of copyright law in the digital era.

Table des matières

Résumé : ... iii
Abstract: ... iv
Liste des abréviations ... vii
Remerciements : ... ix
Introduction : ... 1
Chapitre I : L'adaptation des sanctions pénales à la cybercriminalité en droit d'auteur ... 13
I. L'incidence du numérique sur le droit d'auteur ... 13
A. L'évolution des atteintes au droit d'auteur ... 14
1. L'évolution des infractions ... 14
a. Les atteintes traditionnelles ... 14
b. Les atteintes inédites ... 17
i. Le téléchargement ... 17
ii. Le streaming ... 20
2. L'évolution de la source de l'infraction sur internet ... 22
B. Le développement international des atteintes au droit d'auteur ... 25
1. L'ampleur mondiale de la contrefaçon en ligne ... 25
2. Les réponses internationales ... 28
II. La pénalisation croissante des atteintes au droit d'auteur sur internet ... 31
A. La pénalisation traditionnelle des atteintes au droit d'auteur ... 31
1. Une pénalisation historique ... 31
2. Le choix de la sanction pénale ... 34
B. Le renforcement croissant de l'arsenal pénal autour de la contrefaçon en ligne ... 38
1. Les sanctions pénales classiques de contrefaçon appliquées à internet ... 38
a. Le recours criminel en droit canadien ... 38
b. Le droit français ... 40
2. L'adoption de responsabilités pénales périphériques ... 43
a. La responsabilité pénale des éditeurs de logiciels ... 44
b. La responsabilité de l'abonné d'un service de communication en ligne ... 46
c. La responsabilité pénale allégée des hébergeurs ... 50
Chapitre II : L'insuffisance de l'adaptation des sanctions pénales de la contrefaçon en ligne. ... 54
I. La faible effectivité des sanctions pénales sur internet ... 54
A. Le concept de l'effectivité ... 54

B. Le manque de légitimité des sanctions pénales au regard de la contrefaçon en ligne 56

1. La relative clarté de la loi 56

2. La connaissance de la loi relative aux actes de contrefaçon en ligne 59

3. Le consensus entourant l'adoption de la loi 60

C. Le manque de mise en œuvre des sanctions pénales concernant la contrefaçon en ligne64

1. La sévérité des sanctions applicables 64

2. La faible application des sanctions pénales applicables à la contrefaçon en ligne 65

a. Le faible recours au juge pénal.....66

b. La faible effectivité des sanctions prononcées 72

II. La nécessaire réadaptation des sanctions pénales à la contrefaçon en ligne 76

A. Repenser le droit pénal de la contrefaçon sur internet 76

1. L'amélioration du système des sanctions pénales 76

a. La complémentarité des approches civiles et pénales. 77

b. Le retrait des sanctions pénales au profit de la soft law. 79

2. L'application des sanctions pénales en fonction des actes de contrefaçon commis sur internet.....82

B. Les alternatives aux sanctions pénales concernant les contrefaçons sur internet par des particuliers.....86

1. La dépénalisation des contrefaçons domestiques sur internet 86

a. La dépénalisation totale.....86

b. L'assouplissement des sanctions pénales 89

2. La légalisation 91

Conclusion :.....96

Bibliographie :.....98

Liste des abréviations

ACTA	Anti-counterfeiting Trade Agreement
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. Plen.	Assemblée plénière
CA	Cour d'appel
CAF	Cour d'appel fédérale
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CF	Cour fédérale
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Comm.	Commentaire
C. Consti	Conseil constitutionnel
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CPI	Code de la Propriété intellectuelle
CS	Cour Surpême
Doctr.	Doctrine
Ed.	Edition
ibid	*ibidem*
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LDA	Loi sur le droit d'auteur

n	note
Obs.	Observation
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
p	page
t. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de Grande Instance

Remerciements :

J’adresse mes plus vifs remerciements à Messieurs les Professeurs Jean Lapousterle et Alexandre Stylios, qui ont accepté de prendre la responsabilité de diriger ce travail, pour leurs enseignements, leurs conseils, et leur grande disponibilité.

Je tiens également à remercier le Monsieur le Professeur Georges Azzaria pour avoir pris le temps de répondre à mes questions sur les recours en droit d’auteur canadien.

Enfin, je remercie Monsieur le Professeur Pierre-Luc Déziel pour ses précieux conseils.

Introduction :

« Hier : l'immatériel survolait la répression. Aujourd'hui : l'immatériel nargue la répression. Demain : l'immatériel transfigurera-t-il la répression ? »[1]. Telle est la question qui se pose face au développement de la cybercriminalité notamment dans le domaine de la propriété intellectuelle et plus spécifiquement du droit d'auteur.

Un exemple d'immatérialité peut se retrouver à travers les réseaux numériques, lesquels sont venus bouleverser le droit dans son ensemble. À ses débuts, Internet était prôné comme un espace de liberté, puisant dans son immatérialité une certaine gratuité et méconnaissance des frontières. Ces derniers motifs étaient considérés comme assez puissants pour se soustraire à l'emprise du droit[2]. Cette approche n'est toutefois plus que résiduelle, la légitimité du droit sur Internet s'est imposée avec une évidente nécessité en réponse au développement de la cybercriminalité. En effet, l'autorégulation du réseau n'est pas suffisante à corriger et sanctionner les comportements contraires à la nétiquette[3]. Le Conseil d'État l'avait déjà remarqué dans un rapport de 1998, les infractions sont plus facilement réalisables sur Internet en raison de la structure du réseau et son mode de fonctionnement[4].

Si la cybercriminalité est un phénomène ayant connu un développement certain, le concept peut demeurer assez flou d'autant plus qu'il n'en existe pas de définition légale. Cette dernière peut néanmoins être qualifiée selon une triple approche[5]. Si l'on s'en tient à une approche sémantique, le terme fait apparaitre le lien évident qui existe entre la criminalité et le cyberespace. C'est un espace qui permet la réalisation de toutes sortes d'infractions. Cette approche n'est pas suffisante et doit être complétée par une approche criminologique, c'est-à-dire une étude du phénomène criminel. Il en ressort que les infractions « traditionnelles » sont facilitées et amplifiées par les nouvelles technologies de l'information et de la communication tout comme des infractions inédites sont apparues. Les schémas sont multiples : l'infraction pourra être réalisée entièrement par le biais des réseaux, elle peut être commencée sur Internet puis terminée dans le monde physique ou elle peut simplement être facilitée par ce vecteur de communication. Il en ressort une multiplicité des délits commis sur Internet. Enfin, il reste l'approche juridique. Les infractions commises sur le réseau relèvent

[1] Georges Vermelle, *L'immatériel et la répression*, Archives Phil. dr., 1999, Tome 43, p. 213
[2] Agathe Lepage, « Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation » [2005] AJ Pénal 217.
[3] *Ibid.*
[4] France, Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, Décembre 1998.
[5] Jacques Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité » [2012] 81 RDLI.

de la criminalité informatique et peuvent être schématiquement regroupées en deux catégories. Les infractions seront commises contre le réseau tandis que d'autres seront commises grâce au réseau[6]. Le droit pénal n'est pas resté imperméable à cette mutation des infractions du fait des nouvelles technologies et tant le Code pénal français que le Code criminel canadien consacrent de nouveaux délits.

Il est également possible de constater une autre caractéristique de la cybercriminalité : celle-ci affecte une société globalisée puisqu'Internet ignore les frontières. Cela rend d'autant plus difficile la répression qui est souvent axée au niveau national. S'agissant d'un phénomène international, il est important d'avoir une répression s'exerçant au niveau régional voire au niveau mondial. À cet égard, afin de faciliter la lutte contre cette forme de criminalité, deux textes internationaux ont vu le jour. Il s'agit là de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, et son protocole additionnel du 28 janvier 2003. Ces textes visent principalement les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques, les infractions se rapportant aux contenus parmi lesquelles sont visés la pédopornographie ou les actes de nature racistes commis par ce réseau. Enfin, ce texte vise également les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes. Ainsi, la Convention impose aux États signataires de prendre « les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les atteintes à la propriété intellectuelle (…) lorsque de tels actes sont commis délibérément, à une échelle commerciale et au moyen d'un système »[7].

Par conséquent, la cybercriminalité touche de nombreux domaines et la propriété intellectuelle en fait pleinement partie. La propriété intellectuelle est le domaine du droit qui s'attache à protéger les créations intellectuelles en conférant un monopole d'exploitation à son auteur. Il s'agit plus spécifiquement d'une « propriété incorporelle qui permet à son titulaire d'exploiter en exclusivité certains biens immatériels créés par l'esprit, mais aussi d'interdire leur usage ou leur exploitation par autrui et de se défendre contre les usages ou exploitations non autorisés. »[8]. Celle-ci est protégée par la loi afin de permettre aux créateurs de tirer un avantage financier et une reconnaissance de leur création. Il s'agit là d'une matière présente dans le monde entier et pour laquelle de nombreuses conventions internationales ont

[6] *Ibid.*
[7] Article 10 Convention sur la cybercriminalité de Budapest du Conseil de l'Europe, 23 novembre 2001.
[8] Laure Marino, *Droit de la propriété intellectuelle,* Paris, PUF, 2013.

été édictées au vu de l'importance de celle-ci pour l'économie immatérielle. C'est l'Office Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) qui recense toutes ces conventions internationales et coordonne les systèmes internationaux afin d'assurer une protection efficace à la propriété intellectuelle.

En France, les dispositions concernant la propriété intellectuelle se retrouvent dans le Code de la propriété intellectuelle. Ces dernières sont largement inspirées du droit européen puisqu'il s'agit d'un des domaines les plus harmonisés au niveau de l'Union Européenne. Par exemple, le droit d'auteur a été harmonisé à travers la directive 2001/29 sur la société de l'information[9]. Au Canada, la propriété intellectuelle ressort du domaine fédéral et sera régie par cinq lois fédérales[10]. La propriété intellectuelle est traditionnellement subdivisée en deux branches. La première est constituée de ce que l'on désigne en France la « propriété littéraire et artistique », il s'agira notamment du droit d'auteur ainsi que les droits voisins du droit d'auteur, mais elle concerne également le droit applicable aux logiciels et bases de données. La seconde branche concerne la propriété industrielle et s'attache à protéger les brevets, dont l'objet de la protection portera sur les inventions, les marques qui portent sur les signes distinctifs. Par ailleurs, les dessins et modèles (ou les dessins industriels tels que désignés au Canada), relèvent de la propriété industrielle, mais en raison de la théorie de l'unité de l'art, peuvent potentiellement relever du droit d'auteur. Ainsi, il existe une pluralité de propriété intellectuelle, chacune étant régie par un régime qui lui est propre. Bien qu'étant composé de plusieurs régimes, le droit de la propriété intellectuelle présente une homogénéité évidente en ce qu'il aménage toujours « un système équilibré d'appropriation privée des créations dans le respect de l'intérêt général et de l'usage commun »[11].

Le droit d'auteur est donc une des composantes de la propriété intellectuelle. Il s'agit du droit qui s'attache à conférer à l'auteur des droits exclusifs de caractère patrimonial et moral auxquels donnent prise les œuvres de l'esprit. Ce droit exclusif va permettre à l'auteur d'avoir un pouvoir sur son œuvre. Certains auteurs relèvent même qu'il « est bien l'arme la plus efficace au service des auteurs (…) que (cette exclusivité) place en position de force »[12].

---

[9] Directive CE, *Directive Européenne n°2001/29 du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] JO, L 167.

[10] Les cinq lois fédérales sont : *La loi sur le droit d'auteur, La loi sur les brevets, La loi sur les marques de commerce*, *La loi sur les dessins industriels* et *La loi sur la protection des obtentions végétales.*

[11] Marino, *supra* note 8.

[12] André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, LexisNexis, 4e éd., 2012, au para 19.

Les droits patrimoniaux vont conférer un monopole d'exploitation à l'auteur sur son œuvre afin que celui-ci puisse en retirer un avantage pécuniaire. Celui-ci aura la possibilité d'autoriser ou d'interdire les utilisations qui pourront être faites de son œuvre. À l'inverse, les droits moraux vont permettre la protection intellectuelle de la création et partant, le respect de l'œuvre et de la personne de l'auteur. On oppose traditionnellement deux systèmes de droit d'auteur dans le monde. Il s'agira en premier lieu du système continental dont est issue la France et en second lieu du *copyright*, système de common law, dont ressortent principalement l'Angleterre et les États-Unis. Il est à noter que les copyrights anglais et américains comportent eux-mêmes des différences d'autant plus que le copyright anglais a subi l'influence des directives européennes en la matière. En réalité, ces deux droits comportaient des points communs à leur origine, mais les différences se sont accrues lors de leur développement jusqu'à faire l'objet d'une « césure idéologique »[13]. Désormais, certains auteurs[14] admettent que les différences existantes entre ces deux systèmes existent toujours bien qu'elles s'estompent assurément du fait des conventions internationales.

Le droit d'auteur moderne français découle du Code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI), qui, lui-même, puise son origine dans les deux lois révolutionnaires de 1791 et 1793. La loi des 13 et 19 janvier 1791 reconnait aux auteurs dramatiques un monopole d'exploitation sur la représentation de leurs œuvres dont ils pourront jouir durant leur vie et qui bénéficiera à leurs héritiers jusqu'à cinq ans après leur mort. La loi des 19 et 24 juillet 1793 consacre, quant à elle, un monopole d'exploitation sur la reproduction aux auteurs pour la durée de leur vie puis aux héritiers pour une durée de dix ans. Ces deux grandes lois sont incontestablement jusnaturalistes car elles font du droit d'auteur un droit qui relève du droit de propriété, celui-ci étant consacré comme « inviolable et sacré » dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen[15]. Ainsi, Le Chapelier déclara, au sujet de l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain, qu'il s'agissait de « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés. »[16]. Dès lors, on considère, en France, que le droit d'auteur est évidemment et traditionnellement centré sur la personne de l'auteur[17]. C'est en raison de ce jusnaturalisme que s'explique la prééminence du droit

[13] C. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins,* Paris, LexisNexis, 4e éd., 2015.
[14] *Ibid* et M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2015.
[15] Article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
[16] Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791.
[17] Lucas, *Propriété littéraire et artistique, supra* note 12, au para 32.

moral[18], qui, en outre, est perpétuel, ou encore des règles exorbitantes du droit commun servant à assurer la protection du consentement de l'auteur dans les cessions. On explique même que l'œuvre, pour être protégée, doit être originale, c'est-à-dire contenir l'empreinte de la personnalité de l'auteur[19]. C'est dire à quel point l'auteur a une place importante dans ce système.

Cette conception personnaliste du droit d'auteur implique une hiérarchie des intérêts qui sera favorable à l'auteur. Cette hiérarchie n'est pas présente dans la tradition du copyright[20] et c'est pourquoi ces deux systèmes sont souvent présentés en opposition. Le copyright est un droit issu de la Common Law et qui tend à récompenser celui qui fait apport d'une œuvre à la collectivité. Il s'intéresse d'abord aux investissements et l'auteur n'y a qu'une place singulière. C'est pourquoi, à l'inverse du droit d'auteur français, une personne morale pourra être considérée comme un auteur ou un employeur sera le premier titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre de son employé. C'est également un droit qui veut inciter à la création ainsi que l'affiche la Constitution des États-Unis en conférant au Congrès le pouvoir de « promouvoir les arts utiles en accordant pour un temps limité aux auteurs un droit exclusif sur leurs écrits »[21]. Dans le système de copyright, les droits patrimoniaux accordés à l'auteur sont énumérés de façon limitative. De la même manière, le droit moral n'aura qu'une place résiduelle. Le Canada est historiquement issu de la tradition du copyright puisque *la Loi sur le droit d'auteur*[22] (ci-après LDA) puise son origine dans la Loi d'Anne[23] du Parlement britannique de 1710. Cette même loi, édictée pour la première fois en 1924 est également un dérivé d'une loi anglaise de 1911 sur le droit d'auteur[24]. Cependant, les révisions qui ont été faites, notamment en 1988 et 1997, de la LDA tendent à introduire des notions de droit d'auteur continental dans le système canadien. Le Canada peut symboliser la rencontre de ces deux systèmes de droits pour des raisons essentiellement historiques. Ce dernier est, en effet, né de l'union des deux peuples fondateurs sous un régime fédéral : les colonies britanniques et françaises. Selon ce régime, le droit privé a été déclaré de compétence provinciale. Ainsi, les provinces ayant une forte population d'origine britannique sont régies par la Common

[18] Les articles L121-1 et suivants du CPI listent les droits moraux : droit de paternité, droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, droit de retrait et repentir et enfin, droit de divulgation.
[19] Par exemple, CA Paris, 1re ch., 1er avril 1957 : D. 1957, p. 436.
[20] Lucas, *Propriété littéraire et artistique, supra* note 12, au para 32.
[21] Jean-Michel Baudel, « Le droit d'auteur français et le copyright américain : les enjeux. » [1998] 78 *Revue Française d'Etudes Américaines*.
[22] Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42) [LDA].
[23] *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in Authors or Purchasers of Such Copies During the Times Therein Mentioned*, Statute of Ann, 8 Anne c. 19 (1710).
[24] Ysolde Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur au Canada », (2000) 52 : 1 RIDC, Vol. 52.

Law. À l'inverse, le Québec ayant une forte population française s'est plutôt tourné vers la tradition civiliste et s'est doté d'un Code civil s'inspirant du Code civil napoléonien. Toutefois, bien que le droit d'auteur fasse partie du droit privé, ce dernier n'est pas de compétence provinciale[25]. Le pouvoir de légiférer dans cette matière ressort du gouvernement fédéral[26] afin d'avoir une loi unique pour tout le pays. Dès lors, même si le gouvernement fédéral, y compris pour le droit d'auteur, s'inspire du Royaume-Uni pour légiférer, il apparait, depuis les révisions de la LDA, que le droit d'auteur continental influence la législation fédérale. C'est pourquoi il sera intéressant, dans cet écrit, de comparer les systèmes de droit d'auteur français et canadien.

Le droit d'auteur est un droit devant faire face à de nombreux défis. Le premier est relatif à la mondialisation et à l'internationalisation. En effet, le monopole conféré par le droit est territorial. Cela signifie que lorsque l'œuvre se trouve sur le territoire de la France, ce sera le droit d'auteur français qui s'appliquera. À l'inverse, si cette œuvre se retrouve sur le territoire canadien alors ce sera le droit d'auteur canadien qui devra s'appliquer. Or, à l'heure de la mondialisation, l'exploitation de l'œuvre ne se soucie plus des frontières, elle ne sera plus liée à un seul territoire. Cela est d'autant plus vrai que depuis Internet, les œuvres sont maintenant accessibles dans tous les points de la Terre, qui sont – bien entendu – reliés à Internet. Cette internationalisation du droit d'auteur amène bien souvent des questions de droit international privé et c'est pour simplifier les choses qu'ont été élaborées des conventions internationales. Ainsi, la première convention internationale élaborée est la Convention de Berne datant du 9 septembre 1886. Depuis lors, cette convention a été plusieurs fois modifiée et revêt désormais une importance considérable depuis que la plupart des États du monde l'ont ratifiée. Cette dernière édicte des règles fondamentales de protection minimales notamment en ce qui concerne le droit moral, l'assimilation de l'auteur unioniste à l'auteur nationale, le test des trois étapes ou encore l'exigence d'une protection indépendante de l'accomplissement de formalités. Son importance est d'autant plus capitale que la Cour de cassation[27], en France, a reconnu que la Convention a vocation à s'appliquer dès lors qu'un élément d'extranéité est présent dans une question de droit d'auteur. À défaut d'élément d'internationalité, la protection des œuvres dans le pays d'origine sera régie par la loi nationale.

[25] *Ibid.*
[26] *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, art 91(23).
[27] Cass, 1re civ., 10 février 1998, n°95-19030 : *JCP* E, 1999, 370, obs. H.-J. Lucas.

Le second défi auquel doit faire face le droit d'auteur trouve son origine dans les technologies de l'information et de la communication c'est-à-dire Internet – qui a également participé à son internationalisation. Le droit d'auteur est depuis toujours un droit intimement lié au progrès technique. Il n'a cessé d'être adapté, d'évoluer au gré des nouvelles techniques. C'est ainsi qu'au XVIIIe il fallut appréhender l'imprimerie. C'est d'ailleurs cette invention qui permit de développer le droit d'auteur en permettant de dupliquer facilement des ouvrages. On se souvient qu'à l'origine, ce travail de copie était du ressort des moines copistes[28]. L'avènement de l'imprimerie a par la suite étendu les possibilités de reproduire des œuvres littéraires à moindres frais, d'où l'adoption de la Loi d'Anne en Angleterre afin de protéger les éditeurs ou l'accord de privilèges de la part du Roi en France, envers les libraires. Au fil de diverses jurisprudences ou lois ponctuelles, le régime du droit d'auteur s'est ouvert aux gravures, aux sculptures ou encore aux peintures. De même, au XIXe siècle, il s'est intéressé aux photographies et au disque. Puis, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision ont marqué le XXe siècle et ont été appréhendées par le droit d'auteur. À travers ses évolutions, le « pouvoir d'interdire » passe tout de même par une maitrise matérielle du support[29]. Enfin, c'est l'informatique qui a « opéré une révolution en droit d'auteur »[30] dès lors que le logiciel n'est pas protégeable par le brevet – bien que l'Office Européen des Brevets tend à reconnaitre sa brevetabilité – mais par le droit d'auteur. Avec l'informatique et le numérique, il devient difficile de contrôler la diffusion de l'œuvre dans la mesure où la numérisation permet de s'affranchir du support physique. La dématérialisation de l'œuvre devient totale. Il en résulte que la copie se fait à moindre coût et ne se distingue plus de l'original sans compter que la diffusion de l'œuvre explose. Celle-ci devient en effet instantanée à travers les réseaux et ne tient plus compte des frontières en raison de l'ubiquité qu'engendre Internet.

Le développement des nouvelles techniques, et surtout l'accès généralisé à Internet, induit de nouvelles pratiques d'exploitation et de diffusion de l'œuvre, mais force est de constater qu'il entraine surtout un développement sans précédent des atteintes au droit d'auteur, atteintes d'une grande diversité. Les atteintes à ce droit sont communément appelées « contrefaçon ». Il y aura contrefaçon à partir du moment où une utilisation (que ce soit une reproduction, représentation ou encore distribution) de l'œuvre est faite sans l'autorisation de l'auteur et que cette utilisation ne ressort pas d'une exception. Les exceptions au droit

[28] Sébastien Pigeon, « L'avenir du droit d'auteur », (2009) Barreau du Québec – Service de la formation continue à la p 4.
[29] Vivant et Bruguière, *Droit d'auteur, supra* note 14.
[30] Caron, *Droit d'auteur, supra* note 13.

d'auteur permettent à un individu d'utiliser l'œuvre sans avoir à obtenir le consentement de l'auteur. En France, elles sont listées à l'article L122-5 CPI tandis qu'au Canada les exceptions sont listées aux articles 29 et suivants et de la LDA. M. Vivant définit simplement la contrefaçon comme « l'exploitation d'une œuvre protégée, sans l'autorisation du titulaire de droit »[31]. La contrefaçon peut être matérielle, ce sera notamment le cas lorsqu'une œuvre est imitée sur un support physique, mais elle peut également être immatérielle comme en témoigne le développement de la contrefaçon par Internet.

L'avènement de ce réseau a d'ailleurs entrainé un bouleversement dans la production de la contrefaçon et par là même une certaine scission[32]. De 1870 à 1950, d'importants investissements étaient nécessaires pour produire ou diffuser une œuvre. S'il y avait contrefaçon, il ne pouvait s'agir que d'un professionnel qui faisait de celle-ci son commerce. Toutefois, au fur et à mesure de l'évolution des nouvelles techniques, de nouvelles formes d'atteintes ont pu naitre. En 1963, Philips met en vente une cassette audio permettant au plus grand nombre d'enregistrer de la musique. En 1972, la même entreprise lance le premier magnétoscope commercial, le Video Cassette Recorder. Ces techniques de copie analogiques permettent au grand public de reproduire et diffuser des œuvres. Celui-ci devient à même de causer des préjudices aux titulaires des droits. De fait, dès les années 1990, la copie numérique ne fait que croitre ce nouveau problème. Le préjudice causé par le grand public devient considérable et ne cesse d'augmenter depuis la démocratisation d'Internet. L'avènement de ce réseau va généraliser la délinquance du grand public et la contrefaçon. C'est donc ici que se croisent les notions de droit d'auteur et cybercriminalité dans la mesure où il est désormais admis que les atteintes au droit d'auteur effectué sur Internet relèvent de la cybercriminalité. Un autre auteur qualifie la contrefaçon en ligne comme un double phénomène[33]. Selon ce dernier, Internet permet la diffusion électronique mondiale de la contrefaçon traditionnelle, car il s'agit d'un nouveau moyen de trouver des clients. Il permet, en outre, l'épanouissement de nouvelles formes de contrefaçon en ligne à travers la contrefaçon des œuvres numériques ou le piratage de contenu. Selon un autre auteur, les atteintes réalisées par Internet peuvent être classées selon deux ordres[34]. Elles pourront être « classiques » car il s'agira de la mise en ligne d'œuvres protégées sans l'autorisation du titulaire des droits. Dès lors, il peut y avoir

[31] Vivant et Bruguière, *Droit d'auteur, supra* note 14, para 1034.
[32] David Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur Naissance – extension – scission » [2009] 30 Propr. Int. 19 [Lefranc, « Contrefaçon en droit d'auteur »].
[33] Bernard Warusfel, « Internet : nouvelles problématiques face à la contrefaçon », *in L'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Actes du colloque de l'IRPI, Litec, 2003, pp. 57-67
[34] Lionel Costes, « Numérique et atteintes à la propriété intellectuelle : de quelques aspects principaux », [2006] 21 RLDI.

une atteinte au monopole d'exploitation de ce dernier. Mais il pourra également s'agir d'atteintes « inédites », bien qu'elles ne le soient plus tellement aujourd'hui, telles que l'échange illicite de fichiers ou le streaming. Quoi qu'il en soit, ces atteintes représentent un fléau qu'il est nécessaire d'endiguer[35] et démontrent également la difficulté de tarifer des biens dans une économie à des coûts marginaux nuls[36].

En conséquence, face à ces atteintes, le droit d'auteur comme tout droit mérite une défense. La défense du droit d'auteur, dans l'environnement numérique, peut passer par la technique grâce mesures techniques de protection, mais elle sera surtout effective grâce au système juridique. L'action en contrefaçon sera l'arme juridique qui permettra de défendre le droit d'auteur contre ses violations. Cette action a la particularité d'avoir une double nature : elle pourra être portée tant devant le juge civil que devant le juge pénal. Ce droit d'option, pour la victime de contrefaçon, se retrouve aussi bien en droit français qu'en droit canadien. Ces deux actions en contrefaçon ont pour objectif de faire cesser l'illicite et de réparer l'auteur dans ses droits en lui rendant son exclusivité. Cependant, bien que toute action en contrefaçon ait pour objectif de sanctionner le contrefacteur, la philosophie des actions et des sanctions édictées est différente. D'une part, il s'agira, au plan pénal, de prononcer une peine pécuniaire c'est-à-dire une amende ou une peine privative de liberté afin de punir et dissuader pour l'avenir l'auteur de l'infraction. La victime de l'atteinte pourra tout de même avoir droit à des dommages et intérêts au pénal. D'autre part, au plan civil, il s'agira de réparer le dommage en nature ou en équivalence tout en faisant cesser le dommage. La contrefaçon ne sera punie qu'au plan pécuniaire. Par ailleurs, comme il n'existe pas d'unification du contentieux, les juges qui connaissent de l'action en contrefaçon au pénal ne sont pas ceux qui la connaissent au civil. Dès lors, il pourra en résulter des distorsions de jurisprudences, notamment en ce qui concerne l'octroi de dommages et intérêts.

C'est notamment grâce aux sanctions édictées par le législateur et appliquées par le juge que le droit acquiert une certaine réalité[37], qu'il devient effectif. Selon le *Vocabulaire Juridique* de Cornu[38], une sanction est une peine infligée par une autorité à l'auteur de l'infraction, une mesure répressive destinée à le punir. On considère généralement que c'est la sanction qui confère à une norme sa force obligatoire et incite les citoyens à la respecter.

[35] Pierre Massot, « Les sanctions de la contrefaçon » [2005] 6 Cahiers de l'IRPI.
[36] Rochelandet Fabrice, « Propriété intellectuelle », [2011] 88 Communications 121, Cultures du numérique.
[37] Vivant et Bruguière, *supra* note 14, para 1033.
[38] Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2016.

La sévérité de la sanction est même considérée comme un critère de l'effectivité de la règle de droit[39]. Concernant la sanction civile, celle-ci, comme nous l'avons vu précédemment, permet d'obtenir une réparation par équivalent. Il s'agit là d'obtenir l'octroi de dommages et intérêt afin de réparer le préjudice subi. C'est d'ailleurs le mode de réparation privilégié en matière de contrefaçon puisque les titulaires de droit se tournent plus souvent vers l'action civile que l'action pénale. Toutefois, en matière française, cette action sera soumise aux principes de la responsabilité civile c'est-à-dire qu'il conviendra de réparer tout le dommage et rien que le dommage. Néanmoins, pour évaluer ces dommages-intérêts, l'article L331-1-3 du CPI prévoit la prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur[40]. La sanction civile peut, par ailleurs, prendre la forme d'une réparation en nature dont l'objectif est de faire cesser la contrefaçon, de décourager le contrefacteur tout en réparant le préjudice du titulaire des droits. Cette réparation peut prendre la forme d'une interdiction pour le contrefacteur d'exploiter illicitement l'œuvre ou de retirer l'œuvre litigieuse d'un site Internet. De même, l'article L331-1-4 du CPI prévoit une confiscation des recettes. Le Canada offre des recours civils par lesquels le titulaire du droit d'auteur peut faire cesser une violation de son droit par le biais d'une injonction et être indemnisé du préjudice subi par l'octroi de dommages-intérêts qui pourront être exemplaires. Aux termes de l'article 38.1 (1) de la LDA, le demandeur peut réclamer des dommages-intérêts préétablis dont le montant sera déterminé par le tribunal selon ce qu'il estime équitable.

La sanction pénale va, quant à elle, permettre de punir le contrefacteur. Cette volonté de sanctionner pénalement le contrefacteur est historique puisqu'il est possible de retrouver ces premières sanctions dès le Code pénal de 1810[41] en France. Au fil des ans et des avancées législatives, les sanctions pénales de la contrefaçon n'ont fait que de se renforcer jusqu'à punir le contrefacteur d'une peine d'emprisonnement de trois ans et d'une peine d'amende de 300 000€[42] afin de lutter contre le fléau de cette contrefaçon. Ces sanctions pénales s'appliquent bien évidemment pour les actes de contrefaçon réalisés en ligne. Le législateur

[39] Valérie Demers, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit,* Montréal, Les éditions Thémis, 1996, à la p 35.

[40] Ce dernier prévoit la prise en compte d'autres facteurs : article L331-1-3 CPI « *Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*
1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;
2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;
3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits. ».

[41] L'article 425 du Code pénal de 1810 reconnaissait que « *toute contrefaçon est un délit*. ».

[42] Cela résulte de la Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite « Perben 2 » (*JO* 10 mars 2004, n°59, p. 4567).

français, souhaitant endiguer ce phénomène, a élaboré dès la loi DADVSI de 2006[43] de nouvelles règles de droit propres à l'univers immatériel. Ainsi, il existe une infraction concernant l'édition des logiciels servant manifestement pour l'échange de fichiers illicites par le pair-à-pair[44]. De même, la loi du 28 octobre 2009[45] vient instaurer la peine complémentaire de suspension à l'abonnement Internet. En revanche, le Canada, bien que disposant de recours criminels[46] pour les atteintes au droit d'auteur en général sanctionnée soit d'un emprisonnement maximal de cinq ans et/ou d'une amende maximale d'un million de dollars, soit d'un emprisonnement maximal de six mois ainsi que d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars, ne s'est pas doté de sanctions propres aux contrefaçons réalisées dans l'univers immatériel. Aux termes de l'article 41.1 (2) de la LDA, le titulaire des droits pourra exercer « tous les recours » que la loi prévoit pour la violation d'un droit d'auteur à l'égard du contrevenant. Dès lors, il pourra s'agir d'un recours criminel. Il convient également de noter qu'il existe, dans les deux pays, une protection pénale des mesures techniques de protection c'est-à-dire les mesures qui contrôlent l'accès à l'œuvre et celles qui encadrent son utilisation dans l'univers numérique. Toutefois, le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas de les étudier.

Malgré un arsenal législatif français important pour endiguer la contrefaçon en ligne, il apparait tout de même une certaine « crise de la sanction »[47] face à ces activités illicites en ligne. Il s'agit de démontrer la rupture qui existe entre le droit, les sanctions – en théorie - existantes à l'égard de la cybercriminalité en droit d'auteur, et la réalité de leur application. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en France le juge pénal est très peu saisi et lorsque celui-ci est saisi, les sanctions sont clémentes[48]. Pire encore, les recours criminels canadiens n'ont jamais été utilisés pour des atteintes au droit d'auteur en ligne. Dès lors, il règne un sentiment d'impunité sur Internet comme en témoigne le développement exponentiel de la contrefaçon en ligne malgré les diverses législations. Par conséquent, les sanctions pénales applicables ne semblent donc pas effectives ni dissuasives. Il a été avancé que l'effet dissuasif de la sanction serait lié à la certitude d'être découvert et condamné, certitude que n'auraient pas les

[43] Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
[44] Article L335-2-1 CPI.
[45] Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.
[46] Article 42 et 43 LDA.
[47] Boris Barraud, « La crise de la sanction. Réflexions autour de la difficile répression des activités illicites en ligne » [2016] 128 RLDI.
[48] Carine Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », [2012] 86 RLDI 57.

contrefacteurs[49]. C'est pourquoi il se pose la question de savoir si les sanctions pénales sont encore opportunes et pertinentes en matière de contrefaçon en ligne, qui est une forme de cybercriminalité. Ainsi, il s'agit de se demander si de telles sanctions sont réellement adaptées à l'ère numérique et si elles sont encore justifiées et a fortiori nécessaires pour réprimer de tels actes. Se pose ainsi la problématique de leur effectivité : les sanctions pénales remplissent-elles leur objectif de réprimer et de dissuader les atteintes au droit d'auteur en ligne ?

Ces interrogations seront étudiées tant d'un point de vue de la législation française que de la législation canadienne. Cela parait d'autant plus pertinent que ces deux législations répondent à deux systèmes de droit d'auteur différents, la France étant de tradition continentale alors que le Canada relève de la Common Law et est influencé par le copyright anglais. Il commence, de surcroît, à être influencé par le système continental, en témoigne l'apparition du droit moral dans sa législation. De plus, l'approche de la question de la lutte contre la contrefaçon en ligne n'est pas la même, puisque la France crée de nouvelles infractions pénales spécifiques pour l'endiguer à l'inverse du gouvernement canadien. Enfin, la protection du droit d'auteur existe afin d'encourager à la création et de favoriser la culture, ce qui justifie l'existence des sanctions pénales. C'est pourquoi il est nécessaire de sanctionner toutes les atteintes, y compris celles réalisées sur l'Internet par un simple internaute. Ainsi, il parait pertinent de se demander s'il est possible d'améliorer l'efficacité des sanctions pénales, dans le cas où elles ne semblent plus effectives, ou s'il n'existe pas des solutions alternatives.

Par conséquent, il apparait que le numérique a bouleversé le droit d'auteur en permettant le développement exponentiel de la contrefaçon en ligne. Cela a nécessité, notamment en France et dans une moindre mesure au Canada, une adaptation des sanctions pénales à la cybercriminalité en droit d'auteur (Chapitre I). Toutefois, au vu des atteintes au droit d'auteur ayant lieu sur Internet, il apparait que cette adaptation a un rôle limité (Chapitre II).

[49] *Ibid.*

Chapitre I : L'adaptation des sanctions pénales à la cybercriminalité en droit d'auteur

Le droit d'auteur n'a pas échappé au développement de la cybercriminalité. Étant un droit intrinsèquement lié au progrès technique, il est évident que le numérique et l'Internet ont eu des incidences sur ce droit (I). Cela s'est traduit par une augmentation des contrefaçons ayant lieu sur le réseau Internet. Afin d'endiguer ce phénomène, le législateur s'est tourné vers la voie pénale et a réprimé de façon croissante les sanctions applicables à ce phénomène (II).

I. L'incidence du numérique sur le droit d'auteur

La révolution numérique a eu, de façon croissante, plusieurs impacts sur le droit d'auteur. Cette dernière a engendré un véritable bouleversement touchant au mode de création, de diffusion et de consommation des œuvres de l'esprit[50]. En conséquence, le droit d'auteur a, tout d'abord, été sollicité afin d'appréhender les œuvres d'un genre nouveau[51]. De nouvelles œuvres de l'esprit – les créations numériques - ont ainsi vu le jour : le logiciel, la base de données ou encore l'œuvre multimédia. Ces différentes créations accèdent au rang des œuvres de l'esprit, et bénéficient ainsi de la protection du droit d'auteur, si elles remplissent le critère de l'originalité[52]. Le numérique a, en outre, eu comme conséquence de modifier le régime applicable aux œuvres de l'esprit en raison de la consécration de droits spéciaux. Ainsi, le logiciel ou le droit *sui generis* des bases de données bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun. Enfin, le numérique a surtout une influence sur le régime de protection du droit d'auteur puisque de nombreuses lois ont été adoptées afin d'adapter la protection du droit d'auteur à l'ère numérique et surtout à Internet[53]. Ces derniers,

[50] François Dubuisson, « Les implications juridiques et économiques du téléchargement d'œuvres sur Internet : les clés du débat », dans Carine Doutrelepont, François Dubuisson et Alain Strowel, dir, *Le téléchargement d'œuvres sur internet. Perspectives en droit belge, français, européen et international,* Bruxelles, Larcier, 2012.

[51] *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil,* « Créations numériques », par Alexandra Bensamoun et Julie Groffe,

[52] Au Canada, la condition d'originalité est prévue à l'article 2 de la *LDA*, concept illustré par l'arrêt *CCH* ([2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13) au paragraphe 25, selon lequel une œuvre est originale lorsqu'elle émane d'un auteur et qu'elle n'est pas la copie d'une autre œuvre.
En France, le critère de l'originalité est défini par la jurisprudence, selon laquelle l'œuvre doit porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur (CA Paris, 1re ch., 1er avril 1957). Concernant le logiciel, selon l'arrêt Pachot, il faut un apport intellectuel de l'auteur (Ass. Plen., 7 mars 1986, pourvoi n° 83-10477).

[53] Au Canada, il s'agit de la *Loi de modernisation du droit d'auteur* [L.C. 2012, ch. 20]. En France, il s'agit notamment de la Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et de la LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

en permettant la dématérialisation totale des œuvres ainsi que leur diffusion, entrainent une certaine évolution des atteintes au droit d'auteur (A), phénomène évidemment international (B).

A. L'évolution des atteintes au droit d'auteur

La première conséquence du numérique au regard des atteintes possibles au droit d'auteur sur Internet repose sur l'infraction même de contrefaçon. Différentes formes d'infractions et d'atteintes au droit d'auteur vont se côtoyer sur Internet (1). La seconde conséquence notable concerne la source de l'infraction, c'est-à-dire son auteur. En effet, grâce aux nouvelles technologies, et plus spécifiquement Internet, l'internaute devient un véritable contrefacteur (2). En effet, lorsque ce dernier télécharge une œuvre ou met des œuvres à disposition sur Internet, ces actes se caractérisent comme des contrefaçons.

1. L'évolution des infractions

Si à l'origine Internet était prôné comme un espace de liberté, de gratuité et dans lequel le droit ne pouvait s'appliquer, il est désormais acquis que celui-ci a vocation à s'appliquer dans cet espace virtuel. Toutes les matières du droit peuvent s'y appliquer et le droit d'auteur doit jouer en ce domaine comme en tout autre. En effet, d'un point de vue juridique, le droit d'auteur s'applique entièrement à Internet car la législation sur la propriété intellectuelle saisit l'œuvre en tant que résultat d'une activité créative de l'esprit[54]. De ce fait, Internet donne lieu à des atteintes au droit d'auteur d'une plus grande diversité. Il s'agit effectivement d'un vecteur de distribution des atteintes traditionnelles (a) mais il est surtout vecteur d'atteintes plus « inédites » (b).

a. Les atteintes traditionnelles

S'agissant des atteintes traditionnelles, Internet ouvre la voie à une diffusion et une distribution plus aisée des contrefaçons matérielles. Une œuvre contrefaisante ayant un support matériel peut être vendue plus facilement à une plus grande échelle sur des sites marchands illégaux. Les marchandises contrefaites, pouvant relever du domaine du droit d'auteur, sont distribuées au plus grand nombre tout en assurant une plus grande sécurité au

[54] Gabriel De Broglie, *Droit d'auteur et l'internet*, Paris, PUF, 2001.

contrefacteur grâce au truchement de l'internet[55]. Si internet permet la distribution de produits contrefaisants relevant du droit d'auteur, il permet également la vente de véritable « *Kit de contrefaçon* »[56]. Par exemple, la société Nintendo a été victime de jeux vidéo contrefaits par l'intermédiaire d'adaptateurs pour carte mémoire. Il était possible de télécharger des jeux vidéo contrefaits sur cet adaptateur pour ensuite les utiliser sur leur console[57]. Internet organise donc une interaction entre le réel et le virtuel concernant la diffusion de la contrefaçon. Dans de tels cas, internet ne pose pas de problématique nouvelle. Il a simplement pour effet de faciliter la distribution d'œuvres contrefaisantes. Afin lutter contre le phénomène de la contrefaçon matérielle, les ayants-droit disposent de l'arme redoutable qu'est la saisie-contrefaçon. En France, cette dernière va permettre soit d'obtenir des preuves matérielles de la contrefaçon, soit d'obtenir la cessation de ces actes de contrefaçon[58]. Au Canada, le mécanisme de la saisie-revendication est sensiblement le même puisqu'il octroie au titulaire du droit d'auteur la faculté de recouvrer la totalité des exemplaires contrefaits et de tout autre objet de droit d'auteur[59]. Par conséquent, nous ne nous intéresserons pas, dans le cadre de ce mémoire, aux contrefaçons matérielles distribuées sur Internet.

En revanche, le numérique étant une technique facilitant la transcription de l'information, toute œuvre de l'esprit est dématérialisée et devient un contenu numérique, à savoir un fichier. L'œuvre est clonée à l'identique et à l'infini sans que l'on puisse la distinguer de la copie originelle[60]. Il y aura donc contrefaçon à partir du moment où une œuvre est mise en ligne sans l'autorisation du titulaire des droits.

Les tribunaux français ont très tôt reconnu l'application du droit d'auteur à la diffusion des œuvres par internet en faisant jouer les droits de reproduction et de représentation. Aux termes de l'article L122-3 CPI, la reproduction d'une œuvre s'entend comme « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* » et selon l'article L122-2, la représentation s'entend comme « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* ». La généralité des termes utilisés par le législateur français démontre la capacité du droit d'auteur à s'adapter à toutes les technologies, y compris celles qui n'existent pas encore.

[55] Eric Przyswa, *Cybercriminalité et contrefaçon*, Paris, Fyp éditions, 2010.
[56] *Ibid*., à la p 49.
[57] Toutefois, un jugement du TGI de Paris du 3 décembre 2009, a débouté Nintendo qui accusait les revendeurs de complicité de contrefaçon.
[58] Article L332-1 CPI.
[59] Article 38 (1) LDA.
[60] Gabriel De Broglie, *supra* note 54.

Ainsi, lors de deux ordonnances rendues par le vice-Président du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris le 14 août 1996[61], il a été reconnu que la numérisation d'une œuvre devait s'interpréter comme étant une reproduction de l'œuvre. Dès lors, en l'absence d'autorisation des titulaires de droit, une telle reproduction se caractérise comme une contrefaçon[62]. La première ordonnance retient logiquement que « *toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par les droits d'auteur susceptibles d'être mises à la disposition de personnes connectées au réseau Internet doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires de droits* »[63]. Depuis lors, cette solution a souvent été réitérée que ce soit en référé, par des juridictions de fond ou la Cour de cassation. Cette dernière a justement déduit que « *la reproduction graphique du texte d'une œuvre protégée s'entend de la communication de celui-ci au public, quels que soient le support sur lequel il s'inscrit et les modes de transmission utilisés à cette fin* »[64] (nous soulignons). Cet attendu de principe, par sa généralité, permet d'inclure la fixation numérique sur l'internet par tous procédés.

Au-delà de la reproduction, c'est également la représentation de l'œuvre via les réseaux qui est en cause[65]. En effet, l'article L122-2 du CPI précise bien que la communication au public d'une œuvre peut se faire par « *un procédé quelconque* », ce qui permet d'englober la représentation par Internet. À cet égard, le droit de représentation a été expressément cité par une ordonnance du tribunal de commerce de Paris concernant la distribution sans droits de logiciels en interdisant le fait « de distribuer toute reproduction et/ou représentation totale ou partielle du logiciel »[66]. Il en va de même au Canada, lorsqu'une œuvre est mise en ligne sur Internet puis transmise, le droit de reproduction et le droit de communication s'y appliquent[67]. Ainsi, la Cour suprême du Canada, dans *l'affaire SOCAN 22*, a décidé que lorsqu'une œuvre est transmise par internet, il y a bien une communication au public par télécommunication au sens de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*[68].

---

[61] TGI Paris réf. 14 août 1996, *Sté Art Music France et autres c/ Ecole nationale supérieure des Télécommunications et autres*, D. 1996. J. 490, note Gautier, JCP 1996. II. 22727, note Frédérique Olivier et Eric Barbry ; Expertises, n° 197 sept. 1996. 292, note Marie-Hélène Tonnelier et Stéphane Lemarchand.
[62] André Françon, « Internet et le droit d'auteur » [1997] RTD com. 97.
[63] *Ibid.*
[64] Civ. 1re., 13 novembre 2003, n°01-11.930, D., 2003, AJ, 2967, note J. Daleau.
[65] Costes, « Numérique », *supra* note 34.
[66] TGI Paris réf. 3 mars 1997. D. 1997, IR p. 176 et chron. P.-Y. Gautier p. 176 ; JCP 1997. II. 22840, note F. Olivier et E. Barby ; RTD Com. 1997 p.457, A. Françon.
[67] D. R. Collier, « Recent Developments in Copyright Law and the Internet », [2006] 256 *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle,* Service de la formation continue du barreau de Québec, éd. Yvon Blais.
[68] *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* v. *Canadian assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R 427.

A l'instar des droits patrimoniaux, il peut y avoir, classiquement, des atteintes au droit moral de l'auteur sur les réseaux. C'est ainsi que des éditeurs d'un site ont pu être condamnés pour atteinte aux droits moraux, et plus spécifiquement au droit de paternité de photographes dont les photographies avaient été reproduites sur internet sans qu'eux même soient identifiés[69]. Si ces différentes atteintes peuvent être qualifiées de « classiques » car elles constituent des utilisations de l'œuvre sans autorisation de l'auteur sur internet, le développement du web 2.0 a permis l'apparition de nouvelles techniques de diffusion portant atteinte au droit de l'auteur.

b. Les atteintes inédites

Les prémices d'internet offraient aux internautes des sites statiques devant être alimentés par leur gestionnaire. Au gré des évolutions techniques est apparu le « web 2.0 », transformant ainsi internet en un espace contributif[70]. La mise à disposition des outils qu'il implique facilite grandement les contrefaçons des œuvres en renouvelant les possibilités d'atteintes au droit d'auteur. Des programmateurs ont été créés, que ce soit des logiciels ou des fonctionnements de site internet, afin d'adapter et de développer les modèles de partage de fichiers numériques. En conséquence, de nouvelles atteintes pèsent aussi bien sur les œuvres littéraires, les œuvres musicales et audiovisuelles que sur les logiciels et œuvres multimédias. Toutes ces œuvres sont directement concernées par le téléchargement ou le streaming, pratiques massivement répandues.

i. Le téléchargement

Les œuvres, du fait de leur dématérialisation, deviennent des fichiers dans l'univers numérique, susceptibles d'être téléchargées via internet. En effet, techniquement, lors d'un téléchargement, il y a la transmission d'un fichier à partir de l'ordinateur de l'expéditeur sur l'ordinateur du destinataire[71]. Cette copie du fichier, qui peut être un contenu culturel, sera permanente sur l'ordinateur de ce dernier. Tant les tribunaux français que canadiens ont essayé de réduire cette notion à une prérogative du droit d'auteur afin de caractériser les actes de téléchargement comme des atteintes au droit d'auteur lorsqu'ils ne sont pas autorisés par

[69] TGI Paris, 3e ch., 13 février 2002, RLDA, 2002, n°48, n°3081.
[70] Caroline Le Goffic, « Activités numériques et propriété intellectuelle », [2014] 102 RLDI.
[71] Vincent Bergeron et Martin Gauthier, « Streaming illégal : Darwin et la théorie de l'évolution du piratage de contenu », *Développements récents en droit du divertissement* (2016), Service de formation continue du Barreau du Québec [Bergeron et Gauthier].

le titulaire des droits. C'est cette qualification qui permettra, par la suite, au titulaire de droit de choisir entre une action civile ou pénale afin de faire condamner le contrefacteur.

En conséquence, la Cour suprême du Canada s'est efforcée de définir juridiquement le téléchargement. Ce dernier s'entend comme « la transmission sur Internet d'un fichier de données, tel que l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale dont l'utilisateur conserve une copie permanente »[72]. Cette définition résulte de l'interprétation de l'article 3(1) de la LDA qui énonce les droits généraux et exclusifs conférés au titulaire des droits sur l'œuvre. La première partie de l'article indique que « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque (…) »[73]. En outre, sous l'angle de la neutralité technologique, la Cour suprême affirme qu'une copie numérique d'une œuvre téléchargée sur Internet est juridiquement identique à la copie matérielle d'une même œuvre acquise en magasin[74]. Par ailleurs, il appert que le choix d'un moyen de distribution par rapport à un autre ne doit pas modifier la protection accordée aux œuvres puisqu' « Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur »[75]. Dès lors, selon le raisonnement de la Cour, la transmission d'une œuvre par téléchargement implique le droit général de reproduction[76]. Par conséquent, si le titulaire des droits n'a pas autorisé de tels actes, cela s'apparente à une atteinte au droit d'auteur susceptible de sanctions pénales.

Plusieurs techniques de téléchargement se sont développées au fil des ans, et le processus de téléchargement diffère selon la technique utilisée. Le téléchargement peut se réaliser à partir d'un contenu hébergé sur un site[77], cet acte consistant en une reproduction par l'utilisateur. Le téléchargement peut également provenir du *stream ripping.* Cette technique consiste, pour l'utilisateur, à créer une copie permanente de l'œuvre diffusée en *streaming.* De même, le téléchargement peut résulter du phénomène du pair-à-pair, très tôt confronté aux juridictions françaises. Cette expression désigne l'échange de fichiers numériques par le biais de réseaux décentralisés mettant en connexion directe des ordinateurs

[72] *Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 CSC 35 (CanLII), par. 1 [Rogers]*.
[73] Article 3(1) L.R.C 1985, ch. C-42 [LDA].
[74] *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, 2012 CSC 34 (CanLII), par. 10 [ESA].
[75] *Ibid. para 5*
[76] Bergeron et Gauthier, *supra* note 71.
[77] Par exemple : l'ancien site Megaupload ou Rapidshare.

entre eux[78]. Le téléchargement fait par l'intermédiaire du pair-à-pair implique une reproduction par l'utilisateur ainsi qu'une mise à disposition du public des œuvres. Cette mise à disposition constitue indiscutablement un acte de contrefaçon, le contenu protégé étant diffusé vers un public sans l'autorisation des ayants-droit[79]. Les tribunaux français ont, en effet, qualifié cette opération de contrefaçon par reproduction et représentation[80]. De la même manière, un internaute a été condamné pénalement pour avoir mis à la disposition du public, par un logiciel, des milliers d'œuvres musicales, les juges considérant qu'il s'agissait d'actes de contrefaçon par reproduction d'œuvres de l'esprit au mépris des droits des auteurs[81].

En revanche, le *download*, c'est-à-dire le téléchargement descendant ou réception d'œuvres, a soulevé davantage de difficultés en raison de son possible bénéfice de l'exception de copie privée[82]. Dans les premiers temps, les juges refusaient de sanctionner ce téléchargement descendant au motif que s'appliquait l'exception de copie privée au bénéfice des internautes[83]. Cette jurisprudence a été abandonnée au motif qu'une telle exception ne peut recevoir application au téléchargement effectué par le moyen du pair-à-pair, car les copies des œuvres ont été réalisées à partir de sources non autorisées par leurs auteurs. La Cour de cassation est également intervenue, en 2006, pour affirmer que « l'exception de copie privée (…), suppose, pour pouvoir être retenue, que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée »[84]. En outre, il est désormais acquis que pour relever de l'exception de copie privée, la source copiée doit avoir été acquise licitement[85]. Par conséquent, que le téléchargement soit réalisé par l'intermédiaire du pair-à-pair ou qu'il s'agisse d'un téléchargement par un lien direct, si la source de la copie est illicite, le téléchargement l'est donc aussi. Il s'agit, en effet, d'une reproduction d'une œuvre de l'esprit non autorisée par les ayants-droit. Toutefois, au cours

[78] Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic, Lydia Morlet-Haïdara, *Droit des activités numériques,* 1e éd., Paris, Dalloz, 2014, n°444.
[79] Emmanuel Derieux et Agnès Granchet, *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVSI et HADOPI*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2010, à la p 32.
[80] TGI Vannes, corr., 29 avril 2004, Min. public et FNDF, SEV et al. c/ X. et a., JCP E 2005, chron. « Droit de l'informatique », §9, obs. Robin, Propr. Intell. 2004, n°12, p. 779, obs. P. Sirinelli, CCE 2004, comm. 86, note Caron.
[81] TGI Pontoise, 2 février 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B., D. 2005. Somm. 513, note Caron, RLDI 2005/3, n°80, comm. F. Macrez.
[82] Lucas, *Propriété littéraire et artistique, supra* note 12, para 1068
[83] TGI Rodez, 13 octobre 2004, Min. public, Fndf et autres / Aurélien D., D. 2004. 3132, note J. Larrieu.
[84] Cass. Crim. 30 mai 2006, n° 08-83.335, D. 2006, AJ, 1684, obs. J. Daleau.
[85] L'obligation de licéité de la source a été consacrée par la loi n°2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

des dernières années, le téléchargement d'œuvres de l'esprit tend à être remplacé par le *streaming*[86] – également appelé diffusion en continu.

ii. Le streaming

Le *streaming* est un modèle de diffusion en continu des œuvres de l'esprit sur Internet. Il peut permettre de diffuser aussi bien des œuvres audiovisuelles, des œuvres musicales que des émissions de radios ou de télévisions. Si ce modèle de diffusion n'est pas, en soi, illicite, il le devient lorsque certaines plateformes donnent la possibilité de visionner des œuvres protégées sans avoir obtenu le consentement des titulaires de droit[87].

À la différence du téléchargement, lors du processus technologique de diffusion en contenu, l'utilisateur consomme le contenu du fichier au fur et à mesure que les données lui parviennent. Il n'y aura pas de téléchargement de l'œuvre mais seulement une copie provisoire dans la mémoire de l'ordinateur. Juridiquement, ces copies provisoires ne sont pas considérées comme des reproductions de l'œuvre. Ainsi, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'une telle copie relève plutôt du droit d'exécution de l'auteur que du droit de reproduction[88]. Par ailleurs, dans l'arrêt Rogers de 2012, la Cour suprême affirme que la diffusion en continu peut se qualifier en tant qu'acte de télécommunication au public au sens de l'article 3(1)f) de la *LDA*[89]. Ainsi, la diffusion en continu relève du droit de communication au public.

De même, en droit français, la copie éphémère du fichier, par la mise en mémoire tampon des flux de données, ne peut être analysée comme une reproduction[90]. Le *streaming* relève, en toute logique, du droit de représentation[91]. Cela est d'autant plus clair depuis que l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur reconnait « le droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil », disposition reprise par l'article 3.1 de la directive 2001/29. Que la question se pose en droit canadien ou en droit français, la transmission numérique des œuvres à la demande importe peu. Il est indifférent que l'usager choisisse le moment de la communication de l'œuvre[92] ou même son objet. Ce

[86] Asim Singh, « Le streaming et la loi Création et Internet » [2009] 50 RLDI n°1660.
[87] Vivant et Bruguière, *supra* note 14, para 1096.
[88] ESA, *supra* note 74, para 28.
[89] Rogers, *supra* note 72, para 23.
[90] Abbas Jabber, « La propriété intellectuelle à l'heure du streaming : quelle répression ? » [2011] supp. 77 RLDI n°2579.
[91] *Ibid.*
[92] Lucas, *Propriété littéraire et artistique,* supra note 12, para 306 ; Bergeron et Gauthier, *supra* note 72.

qui compte est la mise à disposition des œuvres auprès du public, par l'intermédiaire du site de *streaming*.

Ainsi, la situation d'un internaute, ou d'une société, qui met en ligne un contenu destiné à être regardé ne diffère pas de celle de l'internaute qui diffuse un fichier visant à être téléchargé : l'un comme l'autre porte atteinte aux droits exclusifs de l'auteur en communiquant l'œuvre sans autorisation[93]. Néanmoins, plus délicate est la question de l'internaute qui visionne un contenu en *streaming* illégal. Il n'y a, en effet, pas de reproduction de l'œuvre ni même de représentation puisque l'œuvre a été communiquée au public lors de la mise à disposition de l'œuvre. Pour autant, il pourrait être possible d'appliquer l'article 321-1 du Code pénal s'agissant du recel[94]. En effet, l'alinéa 2 de cet article dispose que « Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. ». Dès lors, dans le schéma du *streaming*, l'internaute tire profit, en connaissance de cause, du fichier piraté, ce qui permettrait de caractériser le recel de contrefaçon. Au Canada, cette question n'est pas tranchée, certains auteurs considérant qu'il devient difficile de qualifier de « pirate » l'utilisateur qui visionne un signal illégal diffusé en continu[95].

En conséquence, le numérique permet de réaliser plus facilement des atteintes au droit d'auteur sur internet, que ce soit par des atteintes classiques de mises en ligne d'œuvres sans autorisation, ou par la création de nouveaux modes de diffusion des œuvres de l'esprit à l'instar des mécanismes de téléchargements et de *streaming*. Lorsque les œuvres sont ainsi diffusées sur internet, sans l'autorisation des titulaires des droits, il s'agit bel et bien d'une contrefaçon. Pour mémoire, cette dernière constitue un délit à la fois civil et pénal et donc soumis à ces deux systèmes de responsabilités. Par ailleurs, le numérique n'a pas seulement joué sur l'infraction en elle-même mais également sur la source de l'infraction.

[93] *Droit des activités numériques, supra* note 78, para 448.
[94] Jabber, *supra* note 90.
[95] Bergeron et Gauthier, *supra* note 71.

2. *L'évolution de la source de l'infraction sur internet*

Le droit d'auteur met en jeu différentes catégories d'acteur : les créateurs, les exploitants – à qui sont reconnus différents droits voisins du droit d'auteur – ainsi que le public[96]. Le numérique n'a pas eu pour seul effet de développer les possibilités d'atteintes au droit d'auteur. Celui-ci a également opéré un changement dans les catégories d'acteurs. De nouveaux distributeurs concurrencent les exploitants traditionnels dans la diffusion des œuvres sur internet. Sans autorisation des titulaires des droits, cette diffusion constitue une contrefaçon. En outre, le numérique fait du public un nouvel acteur dans la diffusion des œuvres de l'esprit sur internet.

Historiquement, les modes de production et d'exploitation des œuvres de l'esprit étaient limités par la technique. C'est à la fin du XIXe siècle que de nouvelles inventions permettant de créer des œuvres sont apparues. Ainsi, le phonographe est inventé en 1877 tandis que le cinématographe est venu au monde en 1895. De même, la première émission de radio a été écoutée en 1906 et, quelques décennies plus tard, il a été possible d'assister au développement de la télévision et de ses émissions. Parallèlement à ces inventions, les modes de diffusion des œuvres se sont élargis et de nouveaux types d'exploitants ont fait leur apparition : le producteur de disques, l'organisme de radiodiffusion ou le producteur audiovisuel[97]. Pour produire des œuvres, d'importants investissements économiques étaient nécessaires. Dès lors, l'exploitant des œuvres était nécessairement un professionnel. Quant au contrefacteur d'œuvres, il ne pouvait réaliser l'acte de contrefaçon qu'en contrepartie d'un profit économique en raison de l'investissement nécessaire. Puis, lors de la seconde moitié du XXe siècle, des techniques de copie analogique ont vu le jour, permettant de faciliter les copies des œuvres. Les titulaires de droit ont commencé à accuser les fabricants de matériels de copie de contribuer à la contrefaçon. C'est ainsi que la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Sony Betamax*[98], a refusé d'admettre que fournir les moyens pour une activité de contrefaçon soit suffisant pour établir une responsabilité pour la contrefaçon résultant de son utilisation[99], et que la France a adopté la rémunération pour copie privée en 1985[100].

---

[96] David Lefranc, « Le nouveau public »(2001) D. 107.
[97] Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur », *supra* note 32.
[98] *Sony Corporation of America c/ Universal City Studios, Inc.*, 1984 SC ; [1984] RIDA 178.
[99] Louis Charles Landreville, « De la cassette au point-à-point (peer-to-peer) – Chronologie d'une dyspepsie », (2008) 20 : 3 CPI 747.
[100] Art 31., Loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

La copie numérique et Internet ont, par la suite, renouvelé la problématique des fournisseurs de moyen de contrefaçon. En effet, avec le numérique, toute personne est capable de détenir une œuvre numérique ou de numériser une œuvre préexistante pour ensuite la diffuser sur le réseau internet. Des entreprises ont alors profité de cette innovation pour donner aux internautes la possibilité de s'échanger des œuvres de l'esprit en organisant ces flux d'échanges sur le réseau, à travers le stockage des œuvres sur leur site internet ou par le biais de logiciels pair-à-pair. La société MP3.com, stockant sur son site internet des fichiers non autorisés d'œuvres musicales, fut, à ce titre, condamnée pour contrefaçon[101]. Puis, des entreprises ont développé les solutions d'échanges pair-à-pair en fournissant des logiciels permettant à leurs utilisateurs de télécharger et de mettre à disposition des œuvres de l'esprit par internet. De telles entreprises ne sont pas directement considérées comme contrefacteurs mais fournissent aux internautes les moyens de la contrefaçon. Ce sont, par exemple, les affaires Napster[102], ou Grokster[103]. Plus récemment, c'est la Cour d'appel de Svéa, en Suède, qui n'a pas hésité à condamner pénalement quatre des représentants de la plateforme « The pirate Bay ». Ces derniers ont ainsi été condamnés à une année d'emprisonnement ainsi qu'à 2,7 millions d'euros de dommages et intérêts pour complicité de contrefaçon pour avoir fourni les moyens du délit principal, à savoir le téléchargement illégal[104]. En conséquence, en donnant aux internautes la possibilité de contrefaire des œuvres, ces sociétés ont pu être condamnées au titre de la contrefaçon par fourniture de moyen.

Bien que la contrefaçon soit, sur internet, réalisée à des fins économiques, le numérique a eu comme résultat de généraliser la délinquance du public sur internet. Grâce à l'avènement de ce réseau, les modes de diffusion des œuvres de l'esprit sont détenus par tous : l'internaute devient à son tour diffuseur de l'œuvre. Lorsque ce dernier utilise un logiciel de pair-à-pair, il réalise un acte de téléchargement ou un acte de mise à disposition. Dès lors, en l'absence d'autorisation des titulaires de droit, l'internaute se livre à un acte de contrefaçon, pénalement répréhensible. À ce titre, des internautes français ont déjà été condamnés sur ce fondement[105].

[101] United States District Court for the Southern District of New York, 4 mai 2000, *UMG Recordings, Inc. et autres c/ MP3.com, Inc.*
[102] United States District Court for the Northern District of California, 10 août 2000, *Sony Music Entertainment, Inc. et autres c/ Napster, Inc.*
[103] United States Supreme Court, 27 juin 2005 dans le conflit *Metro-Goldwyn-Mayer studios inc. & al v. Grokster, Ltd., & Al.*
[104] CA Svéa 26 Novembre 2010, aff. N° B 4041-09.
[105] TGI Pontoise, 2 février 2005, *supra* note 81.

Si les utilisateurs deviennent à leur tour de véritables contrefacteurs, c'est certainement grâce à l'apparition du numérique dans les foyers. En effet, en France, 77% des ménages détenaient un ordinateur en 2013[106]. De même, en 2017, 71% des Français détenaient un téléphone intelligent permettant l'accès à internet[107]. Par ailleurs, près de 85% des Français ont un accès internet[108]. Cette percée du numérique dans les foyers a eu comme conséquence de permettre aux internautes de réaliser eux-mêmes des copies numériques ou d'obtenir ces copies d'œuvres numériques directement sur leurs équipements. Dès lors, une grande partie de la population ayant accès à internet, il est extrêmement aisé pour les utilisateurs de partager et de diffuser les œuvres sur le réseau. Bien souvent, ces derniers n'ont pas l'autorisation des ayants-droit pour de tels actes, les rendant ainsi coupables de contrefaçon en ligne.

De plus, ce n'est pas seulement l'apparition du numérique dans les foyers qui donne cette possibilité aux internautes, c'est également le développement du web 2.0. Cette deuxième génération d'internet est caractérisée par l'interactivité des réseaux. Elle a donné naissance aux sites de partage sur lesquels les internautes peuvent poster eux-mêmes des contenus, ces derniers étant le plus souvent des œuvres de l'esprit. S'agissant du *streaming*, l'exemple le plus célèbre concerne *YouTube*. Le fonctionnement de la plateforme repose entièrement sur un modèle où le contenu est généré de façon autonome par les utilisateurs[109]. Ces contenus sont ensuite communiqués au public par l'entremise de la plateforme. Les utilisateurs peuvent alors rendre disponibles des œuvres protégées sans avoir l'autorisation des ayants-droit. La contrefaçon sur internet des internautes est également singulière au regard de la contrefaçon réalisée par des entreprises. En effet, contrairement aux professionnels, les internautes particuliers ne sont pas motivés par des profits économiques mais sont motivés par la culture du partage et de gratuité procédant de la philosophie originelle d'internet. Ainsi, la contrefaçon qu'ils réalisent sur les réseaux est essentiellement réalisée sans contrepartie financière.

La contrefaçon en ligne constitue donc un phénomène en tant que tel, et étant réalisé par de nombreux individus, il s'apparente à un phénomène de masse. À cet égard, la

[106] Source INSEE, disponible sur : www.20minutes.fr/high-tech/1552755-20150302-trois-menages-quatre-equipes-ordinateur-connecte
[107] Source JDN, disponible sur : www.journaldunet.com/ebusiness/internet-mobile/1084076-nombre-de-mobinautes-en-france
[108] www.blogdumoderateur.com/barometre-numerique-france-2016-credoc>
[109] Bergeron et **G**authier, *supra* note 72.

contrefaçon est souvent rapprochée de la piraterie[110] et de nombreux textes législatifs ou conventions internationales y font référence. Ainsi, selon L. Marino, « Le piratage est une contrefaçon numérique (contrefaçon sur internet), souvent domestique (contrefaçon à échelle non commerciale) et massive (contrefaçon de masse).»[111]. Cela est d'autant plus vrai, qu'internet étant un réseau sans frontières, toute la communauté internationale est concernée.

B. Le développement international des atteintes au droit d'auteur

La contrefaçon des œuvres de l'esprit sur internet est un phénomène éminemment international, d'une grande ampleur (1). C'est pourquoi la communauté internationale est plusieurs fois intervenue pour tenter de prendre en considération ce phénomène et d'instaurer une protection minimale du droit d'auteur (2).

1. L'ampleur mondiale de la contrefaçon en ligne

Les œuvres de l'esprit, en raison de leur nature, ont toujours eu vocation à voyager à travers le monde. La culture transitait, dans un premier temps, par voie terrestre, puis l'arrivée des ondes des radios et des télévisions a donné lieu à une diffusion ignorant les frontières terrestres. Enfin, c'est le numérique, qui, en dématérialisant totalement les œuvres de l'esprit, a permis une nouvelle diffusion des œuvres se passant des frontières terrestres. En effet, désormais, la culture transite par internet. Ce dernier est un espace international qui transcende les frontières[112]. Cependant, si ce dernier est un formidable vecteur de communication et de diffusion des œuvres de l'esprit, il est également un vecteur d'atteinte au droit d'auteur.

La contrefaçon en ligne a une ampleur considérable puisqu'elle touche tous les secteurs de la création : tant les œuvres musicales, littéraires, photographiques, audiovisuelles, multimédias comme les jeux vidéo que les logiciels ou les bases de données. L'ampleur de cette contrefaçon est également notable car il s'agit d'un phénomène mondial. En effet, la contrefaçon ayant lieu sur internet, elle ignore les frontières et il devient aisé de contrefaire des œuvres d'un pays tout en se situant sur un autre.

[110] Laure Marino, « Piratage », dans Christophe Geiger et Caroline Roada, dir, *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé,* LexisNexis - CEIPI, 2014.
[111] *Ibid*
[112] Conseil d'Etat, *supra* note 4.

Afin de démontrer l'ampleur de ce phénomène mondial, plusieurs études ont été réalisées dans différents pays ou à l'échelle internationale. Par exemple, selon une étude IPSOS de 2009, « 78% des internautes chinois reconnaissent télécharger illégalement de la musique sur internet ». L'étude affirme que cela les place « en tête du classement devant la Russie (68%) et l'Inde (48%) », pour reconnaitre que téléchargement est « Une pratique qui semble moins répandue en France (15%) ou encore aux États-Unis (18%) qui affichent des chiffres bien au-dessous de la moyenne (44%). »[113] Ainsi, concernant les œuvres musicales, l'IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) estime que 40 milliards de pièces musicales ont été téléchargées dans le monde en 2008 de manière illégale (ce qui représente 95% de l'ensemble des téléchargements de musique)[114]. Plus spécialement, au Québec, en 2009, 56% des internautes ayant téléchargé de la musique gratuitement depuis le début de l'année ont avoué qu'au moins un de ces téléchargements était illégal[115]. En France, en 2013, le baromètre d'usage de l'Hadopi (la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet) relevait que 39% des usages des internautes concernant la musique en ligne étaient illicites[116].

La contrefaçon en ligne d'œuvre audiovisuelle n'est pas en reste puisqu'en France, selon l'ALPA (l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle), 30% des utilisateurs français accèdent à un site dédié à de la piraterie audiovisuelle. Elle estime également que « 35 millions de vidéos illégales sont visionnées par mois sur les sites de streaming »[117]. Plus récemment, une étude du cabinet EY affirme que 27% des internautes français ont piraté du contenu audiovisuel en 2015[118], que ce soit par le téléchargement direct ou en *streaming*. Enfin, il convient de noter que les logiciels ne sont pas ignorés par les cybercontrefacteurs : une étude commandée par la *Business Software Alliance* conclut que le piratage de logiciel est en pleine croissance : 41% des logiciels seraient contrefaits en 2008[119]. La France serait au-dessus de la moyenne pour la contrefaçon en ligne de logiciel en se situant à 35% tandis

---

[113] Etude IPSOS, directmatin, 25 septembre 2009, p. 26, cité par E. Derieux et A. Granchet, *supra* note 79.
[114] Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ), « Revue des activités 2009-2010 », p. 5.
[115] Source : www.branchez-vous.com/inc/communiques/2009/05/telechargement_illegal_un.html
[116] Source : www.snepmusique.com/actualites-du-snep/le-snep-sinquiete-de-la-reprise-de-la-consommation-illicite-de-musique-en-ligne
[117] Source : www.zdnet.fr/actualites/telechargement-illegal-le-fleau-du-piratage-reste-tres-eleve-en-france-39836478.htm
[118] « Le coût du piratage en 2016 ? 1,35 milliard d'euros et 2000 emplois directs », *L'express*, en ligne : www.lexpansion.lexpress.fr/high-tech/le-cout-du-piratage-en-2016-1-35-milliard-d-euros-et-2000-emplois-directs_1882428.html

[119] En ligne : http://www.bsa.org/country/__News%20and%20Events/News%20Archives/fr/2009/fr-06102009-irpi.aspx

que le taux est de 27% pour l'Allemagne ou la Grande-Bretagne. Aux États-Unis, au Japon ou en Nouvelle-Zélande, les taux se situeraient aux alentours de 20%. Au Canada, en 2008, seuls 28% des logiciels auraient été contrefaits[120].

Par conséquent, les atteintes au droit d'auteur sur internet, que ce soit par téléchargement ou par le *streaming*, ont une ampleur internationale. La majorité des pays sont touchés par le fléau de la contrefaçon en ligne, et cela concerne toutes les œuvres de l'esprit. Il s'agit d'un phénomène ayant de lourdes répercussions économiques. En France, une étude révèle que le « piratage » d'œuvres sur internet – sans toutefois prendre en compte les logiciels ou les jeux vidéo – représente une perte de revenus de 1,2 milliard d'euros. Cela correspondrait à 5000 emplois directs supprimés sur le marché français. Le secteur du cinéma serait le plus touché, vient ensuite le secteur de la musique et enfin le secteur de l'édition[121]. En janvier 2009, le Syndicat national de l'édition phonographique évoquait une baisse de 15% du marché français de la musique enregistrée en 2008.

L'ampleur de la contrefaçon en ligne est d'autant plus importante qu'il est difficile de lutter contre celle-ci. En effet, puisque la contrefaçon en ligne, du fait d'internet, a pour caractéristique d'être transfrontière, elle pose des questions de droit international privé. On le sait, le droit d'auteur est un droit territorial, chaque pays ayant son propre système. Toutefois, avec Internet, l'exploitation des œuvres ne dépend plus d'un seul pays et la question de la loi applicable est difficile à résoudre ainsi que le note M. Vivant : « Cette œuvre a été reproduite sur un site internet. La reproduction est-elle licite ? Mais licite par référence à quel droit ? Au droit français ? Au droit allemand ? »[122]. Le droit international privé vient alors déterminer quelle sera la loi applicable. Par ailleurs, la contrefaçon en ligne pourra être érigée en infraction pénale pour certains systèmes de droit d'auteur alors qu'elle ne sera pas réprimée pénalement dans d'autres pays. De ce fait, des réponses harmonisées ont vu le jour pour lutter au niveau international.

---

[120] Source : www.directioninformatique.com/le-piratage-de-logiciels-au-canada-baisse-en-pourcentage-mais-grimpe-en-valeur/11541

[121] P. Guerrier., « Piratage : une perte de 1,2 milliard d'euros pour l'industrie de la musique et du cinéma », 13 novembre 2008, en ligne : www.itespresso.fr/piratage-une-perte-de-12-milliard-deuros-pour-lindustrie-de-lamusique-et-du-cinema-23552.html

[122] Vivant et Bruguière, *supra* note 14.

2. Les réponses internationales

Les atteintes au droit d'auteur commises à l'échelle internationale ne sont pas nées de la révolution numérique ni d'internet. C'est en réponse à la vente d'ouvrages contrefaisants imprimés en Belgique puis vendus en France qu'a été constituée l'Association littéraire internationale, nommée ensuite l'Association littéraire artistique internationale (ALAI), sous le patronage de Victor Hugo. C'est sous l'impulsion de cette Association que la Convention de Berne a vu le jour en 1886. Elle a pour objectif de conférer une protection minimale commune en offrant aux auteurs des moyens de contrôler l'utilisation de leurs œuvres. L'ambition est d'assurer au droit d'auteur et aux droits voisins une protection internationale aussi large et uniforme que possible. La Convention de Berne repose sur trois principes fondamentaux : le traitement national, la protection automatique, l'indépendance de la protection[123]. Par ailleurs, la Convention fixe des minimums de protection s'agissant des droits accordés aux auteurs ainsi que la durée de ces droits. La Convention ne fixe, toutefois, pas de sanctions propres aux contrefaçons des œuvres.

Plus d'une centaine d'années plus tard, l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)[124] vient compléter l'uniformisation et la protection internationale du droit d'auteur instaurée par la Convention de Berne. La volonté des rédacteurs de cet accord est de prendre en compte l'évolution technologique. Les ADPIC posent des règles matérielles générales s'agissant des conditions et du contenu du droit d'auteur ainsi que sur sa durée, tout en se référant aux dispositions de Berne. Une partie de cet Accord se concentre sur l'élaboration de moyens efficaces pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. À cet égard, les articles 42 et suivants prévoient des procédures et mesures correctives civiles et administratives. Par ailleurs, l'article 61 prévoit des mesures pénales concernant les actes de contrefaçon en disposant que :

> Les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante.

[123] Ces principes découlent également de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 15 avril 1994.
[124] Accord institué par l'Organisation Mondiale du Commerce en 1994.

Cette disposition est considérée comme le seul standard international concernant les mesures pénales applicables au droit d'auteur[125].

Cependant, ce sont surtout les Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les droits connexes qui ajustent la protection de ces droits à l'environnement numérique, en créant, par exemple, le droit de communication au public[126]. Par ailleurs, la Convention de Budapest de 2001 relative à la lutte contre la cybercriminalité, comme son nom l'indique, fait entrer les atteintes au droit d'auteur ayant lieu sur internet dans le domaine de la cybercriminalité. En effet, les atteintes au droit d'auteur figurent parmi les infractions les plus communément commises sur internet. C'est en raison de la facilité avec laquelle ces atteintes peuvent être commises que des sanctions pénales ont été imposées[127]. En conséquence, l'article 10 de la Convention impose aux États partis d'ériger en infraction pénale les atteintes portées à la propriété intellectuelle, et donc au droit d'auteur, sur internet lorsque de telles atteintes sont commises délibérément et à une échelle commerciale par un système informatique.

Malgré la mise en place de ces conventions internationales, leur adaptation à l'environnement numérique, les atteintes au droit d'auteur se sont démultipliées sur Internet. Ce dernier ignorant, par nature, les frontières, et permettant la diffusion des œuvres, il est aisé pour les internautes de porter atteinte au droit d'auteur à l'échelle internationale. C'est pourquoi, en 2007, ont débuté les négociations relatives à l'Accord commercial anti-contrefaçon – également connu sous l'acronyme d'ACTA pour Anti-counterfeiting trade agreement – dans le but d'améliorer les standards internationaux afin de lutter contre les atteintes au droit de la propriété intellectuelle[128]. Comme l'énonce le préambule de l'accord, celui-ci vise à « s'attaquer au problème des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, y compris celles qui surviennent dans l'environnement numérique (…) ». À ce titre, l'ACTA oblige les États partis à prévoir des mesures pénales afin de lutter contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, le texte disposant d'une disposition consacrée aux atteintes ayant lieu dans l'environnement numérique. L'article 23 définissant les infractions pénales reprend l'article 61 des ADPIC puisqu'il dispose que « Chaque Partie prévoit des procédures

[125] Judge, Elizabeth F. et Saleh Al-Sharieh. « Join the Club: The Implications of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement's Enforcement Measures for Canadian Copyright Law » (2011) 49 Alta L Rev 677‑744.
[126] Art. 8 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996.
[127] Rapport explicatif de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, para 107, en ligne : www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_explanatoryreport_/7_explanatoryreport_fr.pdf
[128] Originellement, les pays négociateurs étaient les suivants : l'Australie, le Canada, l'Union Européenne, le Japon, la Corée du Sud, le Mexique, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, Singapour, la Suisse, et les Etats-Unis.

pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur ou à des droits connexes, commis à une échelle commerciale » tout en précisant ce qu'il faut entendre par échelle commerciale[129]. Par ailleurs, les États ont l'obligation de prévoir des peines d'emprisonnement et d'amendes « suffisamment lourdes pour être dissuasives en vue d'empêcher de futures atteintes »[130]. En outre, bien qu'il s'agisse d'une des dispositions les plus controversées de l'accord[131], l'ACTA prévoit des mesures pénales s'agissant des atteintes au droit d'auteur ayant lieu sur internet. Ainsi, l'article 27 de l'accord commande aux Parties d'édicter des mesures, telles que celles prévues à l'article 23, destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour tout acte ayant lieu dans l'environnement numérique. De surcroît, l'article 27.2 de l'accord s'applique plus spécifiquement au droit d'auteur et aux droits voisins puisqu'il est énoncé que les procédures des États doivent également s'appliquer aux atteintes ayant lieu sur les réseaux numériques, « ce qui peut comprendre l'utilisation illicite de moyens de diffusion à grande échelle en vue de porter atteinte à de tels droits. ». Dès lors, des mesures pénales doivent pouvoir s'appliquer pour réprimer la contrefaçon de droit d'auteur s'exerçant par les réseaux pair-à-pair[132]. Toutefois, ce texte étant très controversé, il n'a pas été ratifié par le Parlement Européen et reste inapplicable dans l'Union Européenne[133]. Le Canada, quant à lui, a ratifié l'Accord le 10 octobre 2011[134].

En conclusion, le numérique et internet ont eu de très fortes incidences sur le droit d'auteur. Ces derniers ont eu notamment, pour effet de développer les atteintes au droit d'auteur. Internet permet de réaliser plus facilement des contrefaçons et de les diffuser à l'échelle internationale. Des conventions internationales ont donc été mises en place afin de lutter contre ce phénomène. Afin de lutter contre la contrefaçon en ligne, un des moyens choisis par les conventions consiste à ériger de telles atteintes en infractions pénales. Dès lors, il a été nécessaire d'adapter les sanctions pénales existantes à la contrefaçon réalisée sur internet.

---

[129] Art. 23 de l'ACTA : *« les actes commis à une échelle commerciale comprennent au moins ceux qui sont commis à titre d'activités commerciales en vue d'un avantage économique ou commercial direct ou indirect.* »
[130] Art. 24 de l'ACTA.
[131] Miriam Bitton, « Rethinking the Anti-counterfeiting trade Agreement's criminal copyright Enforcement measures », (2012) 102 : 1 J Crim L & Criminology 67.
[132] Judge, Elizabeth F. et Saleh Al-Sharieh, *supra* note 125.
[133] Le texte a été rejeté le 4 juillet 2012 par le Parlement Européen.
[134] En ligne : www.intemational.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/fo/intellectproperty.aspx?view-d

II. La pénalisation croissante des atteintes au droit d'auteur sur internet

Pour lutter contre les actes de contrefaçon, tant les législateurs français et canadien ont choisi d'avoir recours aux sanctions pénales. Cette pénalisation des atteintes au droit d'auteur est traditionnelle (A) mais a redoublé d'intensité avec internet (B).

A. La pénalisation traditionnelle des atteintes au droit d'auteur

Si les violations du droit d'auteur sont sanctionnées pénalement, c'est avant tout pour des raisons historiques (1) mais également en raison des attributs de la sanction pénale (2).

1. Une pénalisation historique

« The only reason for going back into the past is to come forward to the present, to help us to see more clearly the shape of the law today by seeing how it took shape. »[135].
Il nous parait ainsi pertinent de revenir aux origines des sanctions pénales en matière de contrefaçon pour comprendre les raisons ayant poussé le législateur à adopter de telles sanctions en matière de contrefaçon en ligne.

La question peut se résumer ainsi : pourquoi sanctionner pénalement la contrefaçon ? La pénalisation de la contrefaçon en droit d'auteur est historique. En effet, le droit d'auteur a très tôt été assimilé à la propriété sous l'influence des Lumières. C'est cette assimilation du droit d'auteur à la propriété qui a permis le rapprochement des notions de contrefaçon au vol. Le vol étant un délit pénal, il en va de même avec la contrefaçon ce qui permet de justifier la sanction de l'emprisonnement et des amendes. Néanmoins, cette assimilation de la contrefaçon au vol est diachronique. Dès le 27 février 1682, des Arrêts du Roi, en France, envisageaient la contrefaçon comme un vol[136]. De plus, l'article 109 du règlement du 28 février 1723[137], assimile également les vendeurs de contrefaçon aux contrefacteurs, ces derniers étant considérés comme complices, ils doivent être punis de la même manière. Entre l'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789[138] et le Code pénal de 1810, ce sont

[135] Victoria v. Commonwealth (1962), 107 CLR 529, para 595 par Windeyer J.
[136] Merlin, « Contrefaçon », *in* Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5e éd., tome 6, 1826, p. 263.
[137] Règlement pour la librairie et l'imprimerie de Paris, arrêté au Conseil d'État du Roi, le 28 février 1723, en ligne : <gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5498435h>.
[138] Décrets des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789 abolissant les privilèges féodaux.

les magistrats qui ont commencé à déterminer la compétence des tribunaux correctionnels en matière de contrefaçon comme en témoigne l'arrêt du Tribunal de cassation du 28 ventôse an 9 :

> Considérant que les lois anciennes, relatives aux contrefacteurs d'ouvrages de librairie, notamment les arrêts du conseil du 30 août 1777 et du 13 juillet 1778, ont qualifié les contrefaçons de délits susceptibles (sic) mêmes de poursuite criminelle ; considérant que ces lois n'ont pas été abrogées, mais seulement modifiées par celles des 19 juillet 1973 et 25 prairial an 3, qui, considérant toujours les contrefaçons comme de véritables délits et de véritables larcins, ont soumis les contrefacteurs à des confiscations qui, de leur nature, sont essentiellement pénales[139].

La jurisprudence analyse donc la contrefaçon comme un véritable vol. La contrefaçon est un délit et les contrefacteurs peuvent être poursuivis correctionnellement. L'atteinte au droit sacré de propriété justifie une sévère répression. Ces justifications sont reprises par Merlin, qui analyse en 1825 la contrefaçon comme un vol :

> « L'ouvrage auquel un auteur donne l'existence est sans doute un bien qui lui appartient, et dont il a seul le droit de disposer, comme tous les autres citoyens disposent des choses dont ils sont propriétaires. Il faut conclure de ce principe que, quand on contrefait les productions d'un auteur, on commet contre lui le crime de vol, puisqu'on lui ravit le fruit de ses veilles et de ses travaux »[140].

Au demeurant, c'est l'article 425 du Code pénal de 1810 qui a consacré le délit de contrefaçon, sanctionné à l'époque par une simple amende.

Il convient de relever qu'aujourd'hui, selon certains auteurs[141], il n'est plus satisfaisant d'assimiler la contrefaçon à un vol. Les définitions de ces actes ne sont pas les mêmes. En effet, le vol représente la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui[142] alors que la contrefaçon s'analyse en la reproduction ou la représentation de l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur[143]. La contrefaçon répond à une logique propre, cela induit qu'on ne peut appliquer les dispositions propres au vol aux atteintes portées à un bien immatériel.

Le droit d'auteur au Canada découle des législations britanniques. À l'origine, la loi d'Anne de 1709 ne prévoit que de simples amendes à l'encontre des contrefaçons. Concernant le droit d'auteur « moderne », avant la loi britannique de 1911[144], dont est largement inspirée

---

[139] Merlin, cité par D. Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur. », *supra* note 32.
[140] *Ibid.*
[141] Vivant et Bruguière, *Droit d'auteur*, *supra* note 14, para 897.
[142] Article 311-1 Code pénal français.
[143] Articles L335-2 et suivants du CPI.
[144] Copyright Act, 16 décembre 1911, 1911 c. 46.

la loi de 1921 du Canada[145], c'était par exemple « the fine arts copyright act » de 1862[146] qui prévoyait des amendes pour réprimer les contrefaçons d'œuvres. Ainsi, la violation du droit d'auteur a toujours été considérée comme une infraction au Canada toutefois, cette dernière était sanctionnée légèrement dans la loi de 1921[147]. Un juge canadien a d'ailleurs comparé le vol et la contrefaçon. Ainsi, le juge Archambault notait dans l'affaire *Guy de Pourtales* c. *Le Gouriadec*[148] : *« La contrefaçon est pour la propriété des auteurs ce que le vol est pour la propriété ordinaire. »*. Cela permet de justifier l'application du droit pénal afin de profiter de ses caractères préventifs et répressifs. Toutefois, désormais, les recours criminels prévus par la *Loi sur le droit d'auteur* excluent ceux prévus par le Code criminel, surtout en ce qui concerne les poursuites en matière de vol[149]. C'est ce qu'énonce la Cour suprême dans l'arrêt R. c. Stewart[5][150]:

> « Le droit d'auteur est défini comme le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle (art. 3). Celui qui ne fait que copier des documents, qu'ils soient ou non confidentiels, n'acquiert pas le droit d'auteur et ne prive pas le titulaire d'une partie de celui-ci. Peu importe le nombre de copies qu'on fait d'une œuvre, le titulaire du droit d'auteur continue à posséder le droit exclusif de reproduire son œuvre ou d'en autoriser la reproduction. Aux termes de l'art. 17 de la Loi, quiconque fait ainsi des copies viole le droit d'auteur, mais cela ne constitue nullement un vol aux fins du droit criminel. Si l'on peut dans certaines circonstances voler un droit incorporel, les droits accordés par la Loi sur le droit d'auteur ne peuvent être pris ni détournés, car leur propriétaire n'en subirait jamais une privation. Par conséquent, indépendamment de la question de savoir si un droit d'auteur est un bien, il ne peut, selon moi, faire l'objet d'un vol au sens du par. 283(1) du Code. ».

Par conséquent, si la contrefaçon était à l'origine sanctionnée pénalement, c'était en raison de son assimilation au vol, la contrefaçon portant atteinte à la propriété de l'auteur. Toutefois, bien que cette raison ne tienne plus à l'heure actuelle, la contrefaçon est toujours considérée comme un délit pénal.

---

[145] Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. 1985, c. C-42), adoptée en 1921.
[146] Fine Art Copyright Act, London (1862), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.
[147] Jacques Boncompain, *Le droit d'auteur au Canada. Etude critique,* Montréal, Le Cercle du Livre de France Ltée, 1971, à la p 312.
[148] *Guy de Pourtales c. Le Gouriadec*, Montréal, Cour des Sessions de la Paix, rapporté dans le quotidien de Montréal « le Devoir », le 12 juin 1940.
[149] Norman Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté,* Thomson Reuters, 2017, à la p 986.
[150] R. c. Stewart, [1988], 1 R.C.S. 963, para. 42.

2. Le choix de la sanction pénale

Pour comprendre le choix de sanctionner pénalement la contrefaçon, il ne faut pas seulement s'intéresser à son origine, il faut également s'attacher à comprendre ses raisons d'être, les fonctions de la sanction pénale, de la philosophie qui l'imprègne. La sanction pénale, selon certains auteurs, représente :

> La sanction la plus sévère qu'une société puisse infliger à ses membres, de sorte que, lorsque la loi veut faire montre de sévérité envers ceux qui adoptent certains comportements considérés comme plus particulièrement dérangeants au regard des valeurs en vigueur dans la société, elle aura recours à la sanction pénale, par préférence à tout autre remède[151].

Historiquement, c'est donc la sanction pénale qui a été choisie, en sus des sanctions civiles, pour réprimer les comportements illicites portant atteinte au droit d'auteur. Au demeurant, les sanctions pénales de la contrefaçon s'appliquent non seulement dans un contexte analogique mais également pour tous les actes de contrefaçon se réalisant sur Internet. Cela peut s'expliquer, tout d'abord, au regard du rôle de la sanction pénale. Le droit pénal est porteur d'un puissant message symbolique, à travers les sanctions, il signale que la société désapprouve un acte et qu'une intervention officielle de l'État est nécessaire[152].

La sanction pénale endosse effectivement plusieurs fonctions. Il s'agit à la fois de punir le délinquant à la mesure de la gravité de l'acte commis mais également de dissuader la personne de commettre une récidive et partant, de dissuader le reste de la société.
Toute loi pénale s'efforce de prévenir l'action socialement dangereuse qu'elle définit et à défaut, de punir celui qu'il la commise. La peine découle donc de la perpétration d'un crime. Si on punit un homme, c'est tout d'abord parce qu'il a commis un crime volontairement. Se pose alors la question suivante : punir, mais dans quels buts ? En droit canadien, l'article 719 du Code criminel énonce les différents objectifs de la peine[153]. Nous retiendrons

---

[151] Evelyne Garçon et Virginie Peltier, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n°21.
[152] Commission du droit du Canada, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, 2003, à la p 12.
[153] Article 718 du Code criminel *: « Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité;*
b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la collectivité. »

principalement trois objectifs, qui correspondent aux trois fonctions essentielles de la peine en droit français.

En premier lieu, la sanction pénale dispose d'une fonction d'intimidation. Selon le législateur, la crainte d'un châtiment exemplaire est de nature à faire hésiter les délinquants éventuels. Cela explique les raisons pour lesquelles les peines les plus élevées sont réservées aux actes qui causent un préjudice social ou un trouble social plus important[154]. S'il existe des sanctions pénales pour la contrefaçon, c'est avant tout pour dissuader. On parlera de prévention spéciale lorsque la sanction pénale aura pour but de dissuader un contrefacteur déjà condamné à récidiver. Il s'agit de prévention générale lorsque l'objectif de la peine est de dissuader quiconque, c'est-à-dire la société, en matière de droit d'auteur, de contrefaire ou de violer le droit d'auteur. La sanction contribue à préserver l'autorité de la loi mais doit également participer à la représentation négative du crime[155]. Si une personne commet un crime, c'est parce que ce crime procure des bénéfices. La peine sert donc à briser ce qui relie le crime à la présence de ces avantages, elle doit apporter des inconvénients plus importants. Ainsi, une personne sera tentée d'accéder à une œuvre de l'esprit contrefaite sur internet, par exemple, pour ne pas avoir à payer le prix de cette œuvre. La sanction pénale doit donc dissuader cette personne, en ce sens que les sanctions pénales attachées à la contrefaçon ne lui permettent pas d'en retirer un quelconque avantage.

En second lieu, la peine a une fonction de rétribution. La peine est nécessaire en tant que juste sanction de la faute commise. Il faut donc proportionner la sanction à la faute commise par le délinquant, c'est d'ailleurs pour cette raison que l'élément moral est exigé pour la constitution de l'infraction. Ainsi, la contrefaçon en bande organisée sera plus sévèrement réprimée que la contrefaçon qui n'est pas réalisée en bande organisée[156]. Il en va de même au Canada, la peine devant être proportionnelle à la gravité de l'infraction[157] et peut être aggravée si elle est commise sous la direction d'une organisation criminelle[158]. Enfin, les sanctions pénales endossent une fonction de réadaptation c'est-à-dire de réinsérer le délinquant dans la société.

---

[154] Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2017, à la p 434.
[155] Hugues Parent, T*raité de droit criminel,* t 3 « La peine », Montréal, Les éditions Thémis, 2016, à la p 22.
[156] Par exemple, en droit français, selon l'article L335-2 CPI, la contrefaçon est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000€ d'amende. Si elle est commise en bande organisée, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 750 000€ d'amende.
[157] Article 718(1) Code criminel.
[158] Article 718(2) Code criminel.

Pour être applicable, la sanction pénale doit être édictée dans un texte légal : il n'y a pas d'infraction ni de peine sans un texte légal. C'est le principe de légalité des délits et des peines présent à l'article 111-3 du Code pénal et que l'on retrouve à l'article 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que dans la Charte canadienne des droits et libertés[159]. Cela explique les différentes incriminations dans le Code de la propriété intellectuelle et dans la Loi sur le droit d'auteur. Cependant, le droit pénal n'a pas pour mission de répondre à la satisfaction d'intérêt exclusivement particulier, contrairement au droit civil, la répression d'un phénomène donné doit être justifiée par la nécessité d'une politique juridique au service de valeurs légitimes à protéger au sein de la société[160]. En effet, le droit pénal est la branche du droit qui a pour objet de réprimer, par l'imposition de sanction, les conduites contraires à l'ordre public ou au bien-être de la société[161]. L'infraction découlant du droit pénal implique nécessairement une atteinte à l'ordre social. Il est possible de constater que la violation d'un droit individuel objectif n'entraine généralement qu'une sanction civile. Il n'en va autrement que si, attachant un prix particulier à la satisfaction d'un droit individuel, on déclare qu'elle intéresse l'ordre social[162]. Autrement dit, lorsque la valeur à conserver, bien que d'origine civile, présente un intérêt particulier pour le législateur, la sanction risque d'être dure et de prendre la forme d'une répression pénale : c'est la sanction pénale d'une atteinte à un droit civil[163].

Dès lors, si le droit pénal ne sanctionne que les atteintes à l'ordre social, comment est-il possible de justifier la pénalisation de la contrefaçon ? La contrefaçon, en droit d'auteur, peut se définir comme « le fait d'utiliser publiquement, de quelque façon que ce soit, sans avoir requis son consentement préalable, l'œuvre d'autrui, faisant l'objet d'une protection accordée par la loi. »[164]. Ainsi, l'atteinte à un droit d'auteur constitue une violation d'un droit individuel. Celle-ci est donc, logiquement, sanctionnée civilement mais également pénalement. Cette pénalisation de la contrefaçon, des atteintes au droit d'auteur, est justifiée car elle affecte la société : elle va nuire à l'innovation et la création[165]. Les créateurs vont hésiter à créer de nouvelles œuvres de l'esprit devant l'ampleur du pillage. Cela a comme

[159] Charte canadienne, Art.11g) : « Tout inculpé a le droit : de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations… ».
[160] Caroline Le Goffic et Marion Wagner, « La pénalisation de la contrefaçon », [2009] 12 Droit pénal 14.
[161] Jacques Fortin et Louise Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les éditions Thémis, 1982, au para 1.
[162] Bouloc, *supra* note 154, à la p 5.
[163] Pierre-Yves Gauthier, *Propriété littéraire et artistique*, 9e éd., Paris PUF, 2015, au para 744.
[164] *Ibid.*, au para 747.
[165] Le Goffic, *supra* note 70.

conséquence d'affecter le public puisqu'il bénéficiera d'une offre plus réduite. Derrière un enjeu de droit privé se cache un enjeu économique, ce qui justifie l'intervention du législateur au niveau pénal.

C'est finalement Couhin, qui explique le mieux les raisons pour lesquelles les sanctions pénales sont nécessaires pour lutter contre la contrefaçon :

> Il est à considérer que le délit de contrefaçon exige une surveillance d'autant plus sévère que son effet ne se borne pas à porter préjudice au propriétaire légitime ; l'impunité d'un tel délit nuirait tout à la fois aux arts et au commerce, par le découragement qu'il apporterait parmi les auteurs et les éditeurs, puisqu'il n'en est aucun qui ne dût craindre pour lui le même sort. Disons plus, cette fraude rejaillirait sur l'État lui-même, qui tire son plus grand lustre de la prospérité des arts et du commerce[166].

La contrefaçon porte donc atteinte à la société dans son ensemble, c'est en cela que les sanctions pénales sont nécessaires. Dans l'univers numérique, et avec l'essor d'internet, le phénomène de la contrefaçon est démultiplié. La contrefaçon, la violation du droit d'auteur en ligne, est devenue une criminalité de masse, une criminalité d'habitude réalisée non plus seulement par des professionnels mais également par tous les membres de la société. En conséquence, la lutte contre la contrefaçon est devenue un objectif prioritaire de politique criminelle. Sur internet, la contrefaçon démultiplie donc les atteintes qui sont portées à la société, ce qui justifie une adaptation des sanctions pénales déjà existantes à cette forme de criminalité.

[166] Couhin, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, t 1, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, Larose, 1894, à la p 200, cité Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur», *supra* note 32.

B. Le renforcement croissant de l'arsenal pénal autour de la contrefaçon en ligne

Puisque la contrefaçon sur internet est un phénomène de masse, il nuit davantage à la société. Cela justifie les sanctions pénales qui lui sont appliquées. Les sanctions pénales classiques de contrefaçon restent applicables dans l'univers numérique (1), mais il a été nécessaire d'ériger de nouvelles responsabilités pénales pour atténuer ce phénomène (2).

1. Les sanctions pénales classiques de contrefaçon appliquées à internet

Les droits français et canadien prévoient des sanctions pénales applicables à la contrefaçon de droit d'auteur. Nous examinerons donc en premier lieu, le droit canadien (a), pour ensuite se concentrer sur le droit français (b).

a. Le recours criminel en droit canadien

La violation du droit d'auteur, au Canada, sur une œuvre protégée ou un objet du droit d'auteur peut prendre diverses formes. À ce titre, l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* fournit une définition de la contrefaçon[167], et l'article 27(1) définit la violation du droit d'auteur comme l'exercice d'un droit économique exclusif sans l'autorisation du titulaire des droits. Pour faire reconnaitre ses droits, et arrêter la violation de son droit, l'auteur d'une œuvre dispose de diverses procédures. Ainsi, le titulaire des droits peut demander à ce que des poursuites criminelles ou pénales soient intentées. Toutefois, toutes les violations du droit d'auteur ne sont pas susceptibles de poursuites criminelles, la loi sur le droit d'auteur édicte spécifiquement des actes qui constituent des infractions criminelles.

En conséquence, l'article 42 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* édicte que quiconque, sciemment, se livre à la contrefaçon d'une œuvre ou d'un objet du droit d'auteur en vue de la vente ou de la location[168], vend ou loue un exemplaire contrefait[169], met en circulation des exemplaires contrefaits, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice[170], expose commercialement en public un exemplaire contrefait[171] ou importe pour la vente ou

[167] Article 2 LDA, « ***Contrefaçon :*** *a) À l'égard d'une oeuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi*; »
[168] Article 42 (1) a) LDA.
[169] *Ibid.* b).
[170] *Ibid.* c).
[171] *Ibid.* d).

la location un exemplaire contrefait commet une infraction[172]. Les sanctions pénales sont ensuite édictées aux articles 42 et 43 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les infractions sont ainsi punies d'amendes dont les maximums varient de 250 à 1 million de dollars canadiens, d'une peine d'emprisonnement ou des deux. Au regard de la neutralité technologique, ces dispositions sont évidemment applicables aux infractions réalisées sur internet. De plus, le Code criminel canadien est susceptible d'application puisqu'est sanctionné l'enregistrement non autorisé d'une œuvre cinématographique projetée dans un cinéma, en vue ou non de sa vente, sa location ou de toute autre forme de distribution commerciale[173]. C'est ainsi qu'un accusé a plaidé coupable d'avoir enregistré, sans le consentement du gérant du cinéma, une œuvre cinématographique. Cette dernière étant ensuite distribuée sur internet, l'accusé a été puni d'une peine d'emprisonnement[174].

Concernant l'application de ces dispositions pour les œuvres diffusées sur internet, les ayants-droit doivent d'abord identifier la personne qui sera poursuivie, ce qui peut s'avérer difficile sur le réseau. L'identité d'un internaute utilisant un réseau pair-à-pair ne peut être découverte que grâce à un fournisseur d'accès à internet[175] qui reliera l'adresse IP associée à une violation du droit d'auteur à un abonné. Néanmoins, les FAI ne peuvent pas donner cette information aux titulaires des droits en raison des législations concernant la vie privée. C'est pourquoi certains ayants-droit ont demandé aux Cours une injonction contre de tels fournisseurs d'accès à internet pour obtenir l'identité des abonnés. Ainsi, dans l'affaire *BMG Canada Inc v John Doe*[176], des entreprises musicales ont intenté une action afin que le fournisseur d'accès internet leur révèle l'identité des abonnés derrière 29 adresses IP soupçonnés d'avoir téléchargés, chacun, plus de mille chansons à travers des réseaux pair-à-pair. Tant la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont jugé que les titulaires de droits d'auteur avaient présenté une preuve insuffisante et non fiable pour l'émission d'une ordonnance forçant des prestataires de services Internet de divulguer l'identité de leurs clients, soit les vingt-neuf utilisateurs en cause. Plus récemment, dans l'affaire *Voltage Picture LLC v John Doe*[177] la Cour fédérale du Canada a ordonné à un fournisseur de services Internet de divulguer les noms et les adresses de 2 000 abonnés qui auraient prétendument

[172][172] *Ibid.* e).
[173] Article 432 Code criminel canadien.
[174] R. c. *Adam*, 2010 QCCQ 10991, jugement disponible sur canlii : https://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2010/2010qccq10991/2010qccq10991.html?autocompleteStr=R.%20c%20Adam%202010&autocompletePos=2
[175] Cameron Hutchison, *Digital copyright law*, Toronto, Irwin Law, 2016, à la p 118.
[176] *BMG Canada Inc v John Doe*, 2005 FCA 193, Richard, Noël, Sexton JJ.A., 19 mai 2005, confirmant (2004), 32 C.P.R.(4th) 64 (C.F.).
[177] Voltage Picture LLC c. John Doe, 2014 CF 161.

téléchargé illégalement une œuvre cinématographique protégée au moyen de réseaux pair-à-pair et du protocole BitTorrent. Par conséquent, ce n'est qu'après avoir obtenu une injonction de la Cour pour connaître l'identité de prétendu contrefacteur sur internet que les ayants-droit peuvent intenter un recours criminel et obtenir des sanctions pénales à l'encontre du cybercontrefacteur.

La procédure étant fastidieuse, le législateur canadien a eu la volonté de doter les titulaires de droit d'un moyen efficace pour lutter contre la contrefaçon en ligne, lors du vote de la loi de modernisation du droit d'auteur, en instaurant un régime d'avis. Ainsi, lorsqu'un titulaire de droit constate une violation de son droit d'auteur sur internet, il peut informer, par l'entremise d'un fournisseur de services réseau, de services internet ou d'un outil de repérage, les prétendus contrefacteurs qu'il a l'intention de faire respecter ses droits[178]. À cet égard, le titulaire des droits peut transmettre à la personne qui fournit des services liés à Internet, ou un outil de repérage, un avis de prétendue violation du droit d'auteur[179]. Le fournisseur internet devra ensuite, sous peine de dommages-intérêts préétablis[180], transmettre dès que possible l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique servant à violer le droit d'auteur. Le fournisseur doit, en outre, conserver un registre identifiant le prétendu contrefacteur dans le cas où le titulaire des droits décide d'engager une procédure à l'égard de cette violation[181]. Le législateur canadien met, avec cette procédure, l'accent sur l'éducation des internautes plutôt que la répression.

b. Le droit français

Classiquement, en droit français, la contrefaçon est réprimée, au plan pénal, par les articles L335-2 alinéa 1er et L335-3 alinéa 1er. Ainsi, l'article L335-2 sanctionne comme une contrefaçon « toute édition d'écrits, de composition musicale (…) ou de toute autre production » et affirme que « toute contrefaçon est un délit ». L'article L335-3 renchérit et dispose qu' « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur ». Il affirme également que les violations des droits de l'auteur d'un logiciel constituent une contrefaçon et, à l'instar du Code criminel canadien, il assimile la captation

[178] Article 41.25 (1) LDA.
[179] L'article 41.25 (2) énonce le contenu de l'avis : les renseignements sur le demandeur, l'œuvre auquel la prétendue violation se rapporte, la date et l'heure de cette prétendue violation ou encore préciser les données de localisation de l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation.
[180] Article 41.26 (3) LDA.
[181] Article 41.26 (1) LDA.

d'une œuvre cinématographique en salle de cinéma à une contrefaçon. L'incrimination de la contrefaçon bénéficie d'une acception extensive puisque la Cour de cassation affirme que la contrefaçon se constitue par « l'atteinte portée aux droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi »[182] ou par l'accomplissement d'un acte d'exploitation sans le consentement de l'auteur[183]. Si, dans sa rédaction issue de la loi de 1957, l'article 425 du Code pénal sanctionnait l'ensemble des infractions au droit d'auteur d'une simple amende, les sanctions pénales de la contrefaçon n'ont fait que de se renforcer aux fils des lois. Désormais, aux termes de l'article L335-2 la contrefaçon est punie, en principe, d'une amende de 300 000€ ainsi que de trois ans d'emprisonnement[184]. Bien évidemment, l'expression « *par quelque moyen que ce soit* » de l'article L335-3 permet de sanctionner de ces mêmes peines la mise à disposition non autorisée d'une œuvre protégée au moyen d'un service de communication en ligne. Ainsi, le tribunal correctionnel de Vannes a condamné des internautes sur ce fondement pour voir télécharger des films sur internet[185]. De même, la Cour de cassation a considéré que constitue une contrefaçon – susceptible de sanctions pénales - la diffusion sur internet, sans autorisation, de photographies d'un défilé de mode, puisque les maisons de couture sont titulaires de droits d'auteurs sur leurs créations et défilés[186].

Face à l'ampleur du phénomène de contrefaçon en ligne, dont l'environnement est complexe[187], le législateur a essayé d'adapter les sanctions pénales à la sociologie en réagissant à un contentieux de masse, perçu comme peu grave par les citoyens. Dès lors, durant la transposition de la directive 2001/29, le législateur a essayé de déclasser le délit de contrefaçon réalisé sur internet en une contravention. Originellement, l'article 24 de la loi du 30 juin 2006 faisait échapper aux peines sévères de la contrefaçon la « reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre mise à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair », sanctionné d'une contravention de première classe, ainsi que la communication au public qui en résulte automatiquement d'une contravention de seconde classe. Ce dispositif a néanmoins été censuré par le Conseil constitutionnel en 2006 en raison de sa contrariété au principe de légalité des délits et des peines[188] puisque :

[182] Cass. Crim., 6 juin 1991, *Formento* : *Bull. Crim.* n°240.
[183] Cass. Crim., 13 décembre 1995, RIDA 3/1996, p. 279 ; D. 1997, p. 196 note Edelman.
[184] Article 34 de la loi « Perben II ».
[185] T. corr. Vannes, 29 avril 2004, CCE, 2004, Comm. 86, note Caron.
[186] Crim. 5 février 2008, n°07-81.387, AJ Pénal, 2008, p. 236, obs. Royer.
[187] Stéphanie Berland, « La lutte contre la contrefaçon et le piratage des films : un combat nécessaire dans un environnement complexe » [2004] 129 Gaz. Pal. 24.
[188] C. consti., 27 juillet 2006, DC n°2006-540, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *J.O*, 3 août 2006, p. 11541 ; pour des commentaires, voir : V.-L. Benabou, « Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », [2006] 20 *Propr. Intell.*

> Les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne[189].

La contrefaçon n'est donc pas susceptible de degré. En réponse à cet échec, une circulaire du 3 janvier 2007 préconise de graduer les peines par degré de gravité de la mise à disposition[190]. De même, selon cette circulaire, les auteurs de téléchargement récidivant, ou la mise à disposition en masse d'œuvres devront être sanctionnés plus sévèrement.

Par ailleurs, le mouvement de pénalisation de la contrefaçon résulte de la généralisation des mécanismes du droit pénal. Ainsi, l'article 495 du Code de procédure pénale permet au Procureur de la République d'avoir recours à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale pour les délits de contrefaçon prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne. Pour pallier les moindres garanties procédurales liées à l'ordonnance pénale, le juge ne pourra pas prononcer de peine d'emprisonnement. Par ailleurs, le parquet pourra saisir le tribunal correctionnel qui statuera à juge unique avec comparution du prévenu et débat contradictoire[191]. En outre, la loi Hadopi 2[192] instaure un nouvel article L335-7 au CPI, sanctionnant ces mêmes délits réalisés par un service de communication au public en ligne, à la suspension de leur abonnement internet pour une durée maximale d'un an. Cette peine complémentaire peut être prononcée par le juge à titre principal, mais rien n'interdit au juge de la prononcer en supplément de la peine principale.

Il convient également de noter qu'après l'harmonisation des sanctions civiles de la contrefaçon à travers la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle[193], le Parlement a souhaité harmoniser les mesures pénales pour le respect des

240. ; C. Castets-Renard, « La décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er aout 2006 : une décision majeure », [2006] D. 2157.

[189] *Ibid.*, au para 65.

[190] Circulaire de la DACG n° 2007-1/G3 du 3 janvier 2007 présentant et commentant les dispositions pénales de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et d'action publique dans le domaine de la lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle au moyen des nouvelles technologies informatiques.

[191] Article 398 Code de procédure pénale.

[192] Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

[193] Directive, CE, Directive n°2004/48/CE, 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, [2004], JOUE n° L 157, p. 45.

droits de propriété intellectuelle[194]. Cette proposition de directive a ensuite été modifiée en 2006[195], puis adoptée en première lecture par le Parlement Européen le 25 avril 2007. La proposition vise à établir un cadre pénal harmonisé pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, et notamment du droit d'auteur[196]. Cette proposition de directive ne qualifiait d'infraction pénale que « toute atteinte intentionnelle à un droit de propriété intellectuelle commise à une échelle commerciale, la complicité d'une telle atteinte et l'incitation à la commettre. »[197]. Ainsi, concernant la contrefaçon en ligne d'œuvre de l'esprit, cette directive (et par conséquent sa transposition en droit interne), n'aurait concerné que les violations du droit d'auteur réalisées à des fins commerciales. Étaient alors exclus de la directive tous les actes de téléchargement ou de *streaming* réalisés par un particulier n'en tirant pas profit. Cela ne signifiait pas, pour autant, que ce type de contrefaçon ne doit pas être combattu, les États membres étant libres d'adopter des dispositions plus sévères. Néanmoins, bien que l'objectif du législateur européen soit louable, cette proposition n'a pas pu aboutir et la Commission européenne a décidé de la retirer[198].

2. L'adoption de responsabilités pénales périphériques

Il n'est pas réalisable, sur internet, de multiplier les procès pénaux à l'encontre des contrefacteurs en ligne. Pour autant, la lutte contre la contrefaçon en ligne est marquée par une intensification de la répression pénale. Tant les législateurs français que canadien ont cherché à sanctionner d'autres responsables, des facilitateurs de la contrefaçon[199]. Cette intensification de la répression pénale prend la forme de création de nouvelles responsabilités pénales concernant les éditeurs de logiciels (a), les abonnés (b) ainsi que les hébergeurs (c).

---

[194] Parlement Européen et Conseil, proposition de directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 12 juill. 2005 COM (2005) 276 final. Pour un commentaire, voir : Christophe Caron, « Vers une harmonisation communautaire du droit pénal de la contrefaçon », [2005] 12 CCE 179.

[195] Proposition modifiée de directive COM (2006) 168 final.

[196] *Ibid.* art 2.

[197] *Ibid.* art 3.

[198] *Journal officiel*, C 252 du 18 septembre 2010.

[199] Victor Dzomo-Silinou, « Les législations de lutte contre le téléchargement illégal : entre riposte graduée et filtrage de l'internet » (2014) 26 :1 CPI 43.

a. La responsabilité pénale des éditeurs de logiciels

Le logiciel de pair-à-pair permet, par la mise en réseau d'ordinateurs, l'échange des fichiers. Il s'agit à l'origine une technologie neutre. Toutefois, l'usage qui en est fait est bien souvent illicite, car ces logiciels sont un des vecteurs privilégiés des internautes pour recourir à la contrefaçon sur internet. Ils fournissent aux utilisateurs un moyen de se procurer des œuvres de l'esprit sans accord et sans rémunération des ayants-droit.

Le législateur français s'est donc saisi de la question à l'occasion de la loi de 2006 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Ainsi, suivant les recommandations du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique[200], l'article L335-2-1 sanctionne de trois ans d'emprisonnement et 300 000€ d'amende le fait d' « éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés » ainsi que « d'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1° ». La disposition est à rapprocher de l'article L336-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui permet au juge des référés, sur le plan civil, d'ordonner toutes mesures nécessaires à la protection du droit d'auteur lorsqu'un logiciel est manifestement utilisé à la mise à disposition illicite d'œuvres. L'objectif est de tarir la contrefaçon en ligne en amont en privant les internautes de l'outil technologique permettant la diffusion illégale d'œuvre de l'esprit. Par ailleurs, il est plus aisé pour les ayants-droit de poursuivre de tels éditeurs que de multiplier les procès à l'infini à l'encontre des internautes[201]. Le législateur a donc adopté une responsabilité pénale en créant un délit spécifique réprimant la contrefaçon par fourniture de moyen.

Cependant, la responsabilité pénale des éditeurs peut être difficile à engager en raison de l'ambiguïté des termes utilisés dans l'article L335-2-1[202]. En effet, comment interpréter l'adverbe « sciemment » ? En raison du principe français d'interprétation stricte de la loi pénale, les juges ne pourront se contenter d'établir la conscience de l'éditeur de logiciel de la possibilité d'utiliser son produit pour des échanges illicites. Il faut nécessairement que le logiciel soit édité en connaissance de cause[203]. De même, qu'en est-il de l'adverbe

[200] *Ibid,* à la p 77.
[201] Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique, *La distribution de contenus numériques en ligne*, 2005, à la p 16.
[202] Guillaume Kessler, « Le peer-to-peer dans la loi du 1er aout 2006 », [2006] D. 2167.
[203] *Ibid.*

« manifestement » ? Comment déterminer qu'un logiciel soit « manifestement » destiné à l'échange de fichiers protégé par le droit d'auteur ? Malgré ces termes larges, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 2006, a reconnu que ces adverbes étaient suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaitre le principe de légalité de délits et des peines[204]. Il revient donc au juge d'évaluer à quel point le logiciel concerné a pour finalité de favoriser ou d'encourager la contrefaçon.

Par ailleurs, cette disposition, en 2006, avait pour principale finalité de sanctionner les logiciels de pair-à-pair. Néanmoins, la technologie évoluant plus rapidement que le droit, certains auteurs ont pu craindre qu'à peine promulguée, cette disposition ne soit déjà obsolète[205]. C'était sans compter le formidable pouvoir d'interprétation du juge, qui, en choisissant une interprétation large de l'article, a condamné sur ce fondement le site Radioblog[206]. Ce dernier offrait un streaming musical en mettant à la disposition du public des liens vers des enregistrements musicaux pour une écoute gratuite et permettait aux internautes d'exporter sur leur blog, site ou autre forum de discussion, les playlists ainsi constituées, grâce à un logiciel téléchargeable sur le site. La playlist des utilisateurs, sauf interdiction expresse de leur part, devenait accessible aux autres internautes sur ce site. Les prévenus contestaient, devant la Cour de cassation, leur condamnation, au motif que le logiciel ne permettait pas le téléchargement des œuvres. Le streaming est, certes, une alternative au pair-à-pair, mais le résultat est le même : la mise à disposition du public des œuvres était faite sans l'autorisation des ayants-droit et générait des profits pour les promoteurs du logiciel, ces derniers ayant la connaissance du caractère contrefaisant de leur activité. Fort logiquement, la Cour les a déboutés au motif que « tout service de communication au public en ligne d'œuvres protégées, sans avoir obtenu les autorisations requises et toute mise à disposition d'un logiciel ayant cette finalité, entrent dans les prévisions des articles L. 335-4 et L. 335-2-1 du code de la propriété intellectuelle ». On ne peut que saluer la solution du juge pénal qui a su adapter la disposition aux évolutions technologiques. En effet, le logiciel reposait sur une mise à disposition du public des œuvres sans autorisation des titulaires de droit par la technique du streaming.

[204] C. consti., *supra* note 188, para 56.
[205] Kessler, *supra* note 202.
[206] Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°11-84.224, Radioblog, D. 2012. 3005, obs. Dreyer ; RTD com. 2012. 771, obs. Pollaud-Dulian ; Gaz. Pal. mars 2013, no 65-66, p. 21, obs. Marino ; Légipresse no 302, févr. 2013, p. 97, obs. Varet ; RLDI n°88, déc. 2012, p. 21, obs. Costes.

Une telle responsabilité pénale apparait être une spécificité du régime de droit d'auteur français. Toutefois, le législateur canadien a adopté, en 2012, une nouvelle infraction à l'article 27 (2.3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette dernière dispose que :

> Constitue une violation 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 personne commet une telle violation sur internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service.

Si la disposition, au premier abord, apparait bien obscure, la version originale anglaise se comprend mieux[207]. La volonté du législateur canadien est de sanctionner les sites internet de BitTorrent qui permettent les échanges de fichier en violation du droit d'auteur par le réseau pair-à-pair. Toutefois, la référence à « un service », avec une acception extensive, permettrait d'appliquer cette disposition à un logiciel offrant à ses utilisateurs la possibilité de violer le droit d'auteur, notamment par la mise à disposition d'œuvres sans le consentement de l'auteur. L'article ne précise pas si une telle violation permet au titulaire des droits d'avoir recours à des poursuites pénales, et, en conséquence, de sanctionner pénalement ces services. Cependant, un juge pourrait considérer qu'une telle activité puisse être rattachée à l'article 42(1) de la *Loi sur le droit d'auteur.* À ce titre, il serait possible de considérer que ce service permette la mise en circulation d'exemplaires contrefaits de l'œuvre, en conformité avec l'hypothèse de l'article 42 (1) c). La question ne s'est jamais encore posée devant les tribunaux canadiens.

b. La responsabilité de l'abonné d'un service de communication en ligne

À la suite de l'échec de la contraventionnalisation de la contrefaçon en ligne par des échanges de fichier par un système de pair-à-pair, la loi du 1er août 2006 avait instauré, à l'égard de l'abonné à un service internet, une obligation de surveillance de sa ligne. Toutefois, cette obligation n'étant assortie d'aucune sanction, elle ne fut jamais appliquée. C'est sur ce fondement que sont intervenues les lois Hadopi[208]. L'objectif de ces lois est clair : il s'agit de lutter contre le téléchargement réalisé sur internet avec pour mots d'ordre l'éducation et la prévention. Pour atteindre cet objectif, le dispositif mis en place est articulé autour de la

[207] Article 27 (2.3) LDA : « *It is an infringement of copyright for a person, by means of the Internet or another digital network, to provide a service primarily for the purpose of enabling acts of copyright infringement if an actual infringement of copyright occurs by means of the Internet or another digital network as a result of the use of that service* »

[208] Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, complétée par la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

célèbre autorité administrative indépendante : la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (dite Hadopi). Cette dernière a pour mission de décourager les internautes d'utiliser leur accès internet pour télécharger des contenus illicites. En référence aux nombreux commentaires de ces lois[209], nous ferons une présentation sommaire de son mode de fonctionnement. La commission de protection des droits, lorsqu'elle est saisie par des agents habilités et assermentés, adresse des recommandations aux abonnés soupçonnés de téléchargements illicites. Ces recommandations passent en premier lieu par l'envoi d'un courriel, puis, en cas de persistance, ce même courriel est renvoyé accompagné d'une lettre recommandée avec accusé de réception[210] lui rappelant les sanctions applicables ainsi que les offres légales. En cas de nouvelle récidive, la loi prévoyait initialement que l'Hadopi puisse prononcer la suspension de l'accès internet pour une durée de deux mois à un an, assortie d'une interdiction pour l'usager de souscrire à un nouvel abonnement internet lorsque l'abonné n'a pas surveillé son accès internet. Cette disposition a été censurée par une importante décision du Conseil constitutionnel[211]. Le 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a ainsi consacré un véritable droit d'accès à Internet sur le fondement de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Une fois ce lien établi, le Conseil estime que toute atteinte à ce droit doit être nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi[212]. La défense de la propriété intellectuelle, droit fondamental[213], doit donc être mise en balance avec la liberté de communication. Les juges de la rue Montpensier ont, de ce fait, estimé qu'une telle sanction de suspension à internet était excessive dans la mesure où elle émane d'une autorité administrative et non du pouvoir judiciaire. Le volet « sanction » de la loi a ainsi étant amputé, privant celle-ci de toute efficacité et pour des raisons pour le moins contestables. En effet, on sait déjà que des

[209] Pour des commentaires, voir : Jean-Michel Bruguière, [2009] JCP E 1759 et *Propr. Intell.*, 2009, 277 ; Hubert Tilliet, « Les dispositions relatives à l'encouragement de l'offre légale et à la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux de communications au public en ligne dans les lois des 12 juin et 28 octobre 2009 » [2010] 223 RIDA 77, ; Vincent Gautrais, « Hadopi : regards du dehors » [2011] 67 RLDI 2218 ; Laure Marino, « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) » [2010] D. 160. Cette liste n'est pas exhaustive.

[210] Article L321-25 CPI.

[211] Décision n°2009-580 du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet ; pour des commentaires, voir (non exhaustif) : Valérie-Laure Benabou, « Grand guignol » [2009] 32 *Propr. Intell.* 212 ; Jean-Michel Bruguière, « Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? » [2009] D. 1770 ; Jacques Francillon, « Téléchargement illégal » [2009] RSC 609 ; Dominique Rousseau, « Hado-pirate la Constitution : le Conseil sanctionne ! » [2009] 51 RLDI 103.

[212] *Ibid.* para 15.

[213] Il s'agit tant d'une consécration au niveau européen : CEDH, 4e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, Balan c/ Moldavie ; CCE, Juin 2008, n°6, comm. 76. C. Caron ; JCP E,10 juillet 2008, n°28-29, p. 1934 comm. A. Zollinger ; Légipresse 2008, n° 250, III, p. 61, note J. Lesueur ; RTD Com., 2008, p. 732 comm. F. Pollaud-Dulian ; qu'au niveau national : Cons. const. décis. 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative aux droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO 3 août 2006, p. 11541.

pouvoirs de sanctions peuvent être confiés à des autorités administratives indépendantes à qui sont confiées des prérogatives de puissances publiques. C'est notamment le cas de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). Il faut, pour cela, que ce pouvoir de sanction soit entouré de garanties juridictionnelles. Le Conseil les a jugées insuffisantes alors que les conditions dans lesquelles l'Hadopi pouvait suspendre l'accès n'ont jamais été analysées[214]. Plus encore, le recours à l'Hadopi était justifié par la volonté de désencombrer les tribunaux. Les sages ont ignoré d'examiner l'opportunité et les pouvoirs de la nouvelle autorité au regard de cette volonté alors même qu'ils constatent, au paragraphe 28 de la décision, que l'intervention du comité de protection est justifiée par l'ampleur des contrefaçons commises au moyen d'internet et qu'il faut limiter le nombre d'infractions dont l'autorité sera saisie[215]. Enfin, le Conseil estime que le projet de loi instituait une présomption de culpabilité à l'encontre d'un titulaire d'un accès internet alors que ce même projet de loi précisait que le manquement de la personne à l'obligation de surveillance n'engageait pas la responsabilité pénale de celle-ci. Dans ce cas, pourquoi faire appel à la présomption de culpabilité alors qu'il n'y a aucune infraction pénale ?[216] Quoi qu'il en soit, le législateur français a dû intervenir une seconde fois afin de prendre acte de cette décision.

C'est ainsi qu'a été adoptée le 28 octobre 2009 la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet. L'article L336-3 définit l'obligation de surveillance de l'accès à internet, qui pèse désormais sur les internautes, en ces termes :

> La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires de droit (...) lorsqu'elle est requise.

L'article L335-7-1 du CPI, issu de cette loi, instaure une contravention de négligence caractérisée à l'encontre du titulaire d'un accès internet ayant fait défaut à cette obligation[217]. La négligence caractérisée est définie à l'article R. 335-5 CPI[218]. Celle-ci est sanctionnée

---

[214] Jean-Michel Bruguière, « Loi du 12 juin favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet » [2009] 32 *Propr. Intell.*, à la p 282, n 100.
[215] *Ibid.*, à la p 282, n 104.
[216] Vivant et Bruguière, *supra* note 14, à la p 952, n 2.
[217] Nicolas Catelan, « La protection pénale du droit d'auteur : une négligence caractérisée ? » [2011] 67 RLDI 83.
[218] Article R335-5 CPI : « *I.-Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II :*

d'une contravention de cinquième classe, soit 1500€ d'amende[219], ainsi que d'une suspension de l'accès à internet d'un mois. Toutefois, cette peine de suspension de l'accès à internet a été supprimée par décret[220]. Désormais, l'Hadopi doit transmettre les dossiers au parquet qui décidera de l'opportunité des poursuites pénales.

Ce dispositif est pour le moins original : le but n'est pas de sanctionner le contrefacteur lui-même mais le titulaire de l'abonnement internet par lequel la contrefaçon a été rendue possible. Il s'agit toujours de lutter contre la contrefaçon mais sans l'arsenal classique de l'action en contrefaçon. Il est intéressant de rappeler que l'esprit affiché de la loi, lors de l'élaboration de la loi Création et internet (Hadopi 1) était de privilégier l'approche pédagogique et préventive par rapport à la répression et à la solution pénale[221]. Finalement, le titre évocateur de la loi Hadopi 2 (parlant de la protection pénale) laisse entendre que la logique répressive reste au cœur du dispositif[222]. Par ailleurs, ces mesures spéciales ne chassent pas le droit « général » de la contrefaçon. L'internaute qui n'a pu être sanctionné sur un tel fondement peut encore être poursuivi pour contrefaçon[223]. Ce dispositif est propre à la France même si la question s'est posée de l'intégrer au Canada[224]. Ce dernier, avec le mécanisme de l'avis de prétendue violation, pourrait se rapprocher du mode de fonctionnement de l'Hadopi. Toutefois, contrairement au mécanisme français, aucune sanction pénale n'est spécifiquement prévue pour un internaute ne se conformant pas à l'avis de prétendue violation.

1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ;
2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. »

[219] Article 131-13 du Code pénal.

[220] Décret 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication.

[221] En ce sens, l'exposé des motifs de la loi, selon lequel il s'agit de mettre en place « un dispositif essentiellement pédagogique qui a vocation, en pratique, à se substituer aux poursuites pénales actuellement encourues par les internautes. », Exposé des motifs du projet de loi, Sén., Doc. N°405, séance du 18 juin 2008.

[222] Christope Geiger, « Le dispositif juridique français de lutte contre le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer. Une volonté préventive affichée, une solution répressive retenue », dans Carine Doutrelepont, François Dubuisson et Alain Strowel, *supra* note 50, à la p 65.

[223] Cass. Crim., 12 mars 2013, *Propr. Intel.*, 2013, n°48, p. 305, obs. Lucas.

[224] Estelle Derclaye, « Les réponses graduées française et britannique : des coups d'épée dans l'eau ou des modèles pour le Canada ? » (2010) 22:3 CPI 571.

c. La responsabilité pénale allégée des hébergeurs

La question de savoir qui peut être assigné lorsque des contenus portant atteinte au droit d'auteur sur internet est cruciale. Il n'est pas possible de poursuivre individuellement chaque personne qui enfreint le droit d'auteur sur internet. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit d'un phénomène de masse, il n'est pas possible, ou à tout le moins concevable, de multiplier les procès à l'infini. La lutte contre la contrefaçon sur internet, au vu de son ampleur, nécessite de responsabiliser plusieurs catégories d'acteurs de l'internet. C'est pourquoi on a cherché à responsabiliser les intermédiaires de l'internet. Ces derniers offrent effectivement la possibilité de diffuser à très grande échelle les œuvres protégées par le droit d'auteur. Corrélativement, ils permettent également de diffuser plus aisément des œuvres contrefaites. Les titulaires de droit cherchent donc à responsabiliser de tels intermédiaires en raison de leur rôle facilitateur dans la diffusion de la contrefaçon mais également en raison des bénéfices indirects qui résulte de celle-ci.

Que ce soit en droit français ou en droit canadien, les intermédiaires de l'internet constituent une catégorie hétérogène : il peut s'agir d'un fournisseur d'accès à internet, d'un éditeur de service ou encore d'un fournisseur d'hébergement. Les intermédiaires de l'internet, en raison de leur rôle central dans le fonctionnement de l'internet, bénéficient d'un régime de responsabilité qui leur est propre.

Ainsi, la responsabilité de ces intermédiaires est organisée par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique[225], transposant la directive 2000/31 dite « commerce électronique »[226]. Les fournisseurs d'accès à internet, dont l'activité consiste à "offrir un accès à des services de communication au public en ligne"[227], sont aussi bien irresponsables pénalement que civilement[228]. Les éditeurs, quant à eux, sont soumis aux règles de responsabilité du droit commun puisque leur activité consiste à éditer un service de communication au public en ligne[229]. Ils sont personnellement responsables des contenus qu'ils diffusent. C'est pourquoi les titulaires de droit cherchent surtout à engager la responsabilité des fournisseurs d'hébergement. Aux termes de l'article 6, I, 2° de la loi du 21

[225] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite « LCEN ».
[226] Directive CE, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.
[227] Article 6 I, 1° de la directive 2000/31.
[228] Article 12 *ibid.*
[229] Article 6.III.1 LCEN.

juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, l'activité des hébergeurs est celle des : « personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services. ». Le prestataire est caractérisé par son rôle neutre, son comportement purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke[230]. Cette qualification d'hébergeur permet à ces intermédiaires de bénéficier d'un régime de responsabilité qui leur est favorable puisque ce régime est atténué. Aux termes de l'article 6, I, 3° de la LCEN, les hébergeurs :

> ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées […] si [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où [ils] en ont eu connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

Les hébergeurs ne peuvent être responsables s'ils n'avaient pas la connaissance du caractère illicite du contenu hébergé. S'ils avaient une telle connaissance, ils ne seront pas non plus responsables pénalement s'ils ont agi promptement pour retirer ce contenu. L'hébergeur a une telle connaissance, lorsqu'il lui a été notifié, conformément à l'article 6, I, 5 de la LCEN[231], le caractère illicite des données stockées. Si l'hébergeur, après avoir reçu une telle notification, ne retire pas les contenus contrefaisants promptement. Ce prompt délai est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Contrairement au *Digital Millenium Copyright Act* (ci-après DMCA) américain[232], les hébergeurs ne sont pas soumis à une obligation de surveillance, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas à faire en sorte que le contenu ne réapparaisse pas.

La solution est sensiblement la même concernant les intermédiaires techniques canadiens. Avant la loi de modernisation du droit d'auteur, la situation était régie par l'arrêt

---

[230] Ces critères ont été dégagés dans trois affaires par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) : CJUE 23 mars 2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08. Pour des commentaires, voir (non exhaustif) : RLDI 2010/61, n°1919, note C. Castets-Renard ; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara ; CCE, 2010, comm. 70, C. Caron.

[231] L'article est assez exigeant concernant les mentions attendues dans la notification : « *la date de la notification ; si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ; les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ; la description des faits litigieux et leur localisation précise ; les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ; la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté* ».

[232] *Digital Millenium Copyright Act de 1998.*

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet[233]. La Cour suprême du Canada a précisé que les intermédiaires internet ne sont pas des parties à la communication qui viole le droit d'auteur. Ce ne sont que des fournisseurs de services et non des participants quant au contenu de la communication[234]. Elle en conclut que l'intermédiaire internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n'a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d'être un agent permettant à autrui bénéficie de l'application de l'al. 2.4(1)b) de la LDA[235]. Pour des raisons techniques, il leur est impossible de surveiller et de contrôler de façon systématique ce qui est transmis aux utilisateurs d'internet. Dès lors, les intermédiaires de l'internet, c'est-à-dire notamment le fournisseur d'accès à internet ou l'hébergeur, ne peuvent être responsable de la violation du droit d'auteur.

Par la suite, la loi de modernisation du droit d'auteur de 2012 est venue modifier légèrement ce régime. D'une part, elle institue la procédure d'avis des articles 41.25 et suivants de la LDA. Comme expliqué précédemment, l'ayant droit peut envoyer un avis de prétendue violation au fournisseur concerné. Ensuite, ce même fournisseur doit transmettre cette notification à la personne dont l'adresse IP sert à violer le droit d'auteur sur internet sous peine de dommages et intérêts. De même, la loi introduit une nouvelle exception au droit d'auteur à l'article 31.1 de la LDA concernant les services réseau. Dans le cadre d'une prestation de services liés à l'exploitation d'internet, fournir les moyens permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre par l'intermédiaire d'internet (ou de tout autre réseau numérique) ne constitue pas une violation au droit d'auteur. Bien entendu, si ces services ont pour objet de permettre ou de faciliter la violation du droit d'auteur, ils ne pourront prétendre au bénéfice de cette exception et tomberont sous le coup de l'article 27.2.3 de la LDA[236]. Cet article définit comme violation du droit d'auteur le fait de faciliter la contrefaçon en ligne. Il est institué pour lutter contre les sites qui facilitent et contribue aux violations du droit d'auteur en ligne. L'article serait spécifiquement destiné aux sites de BitTorrent dont le modèle économique dépend des échanges de fichiers relevant du droit d'auteur. Le langage de l'article 27.2.4 de la LDA[237] démontre une certaine flexibilité donnée

[233] [2004] 2 RCS 427, 2004 CSC 45 (CanLII).
[234] *Ibid.*, para 5.
[235] *Ibid*, para 92-95. L'article 2.4(1) b de la LDA dispose que « *n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue*; »
[236] Hutchison, *supra* note 175, à la p 185.
[237] Cet article expose différents facteurs pouvant être pris en compte par les tribunaux pour déterminer si l'objet du site est de faciliter les violations du droit d'auteur.

aux Cours pour agir contre de tels sites[238]. Toutefois, il n'est pas précisé si cette infraction peut être sanctionnée au niveau pénal. Pour cela, il faut qu'elle remplisse les critères de l'article 42 propres aux recours criminels tels que présentés précédemment.

Il est également pertinent de préciser que le Québec, en vertu de ses compétences provinciales, s'est doté d'une loi propre aux intermédiaires techniques. Il s'agit de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[239]. Cette loi reprend, dans l'ensemble, certains principes de la directive commerce électronique. De fait, l'article 22 énonce que le prestataire de service qui agit à titre d'intermédiaire n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remisés par ce dernier ou à la demande de celui-ci. Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité. En conséquence, tant au regard du droit français que du droit canadien, il est difficile d'engager la responsabilité pénale d'un hébergeur ou plus largement d'un intermédiaire de l'internet.

En conclusion, l'univers numérique et l'internet ont bouleversé les principes applicables au droit d'auteur. C'est sur le terrain de la contrefaçon, ou plus généralement des atteintes au droit d'auteur, que l'internet a le plus d'incidence. La contrefaçon est démultipliée du fait de ce nouveau vecteur de communication. Les œuvres de l'esprit se retrouvent dans l'univers numérique et sont plus facilement diffusées à travers le monde, en ce sens qu'internet permet d'effacer les frontières nationales. En outre, internet et le numérique facilitent les possibilités de copie illicite de l'œuvre ainsi que leur diffusion. Depuis quelques années, le téléchargement d'œuvres et le streaming sont devenus un problème majeur pour les titulaires de droit, car, lorsqu'ils ne sont pas autorisés, il s'agit d'une contrefaçon, ce qui les prive de rémunération. La contrefaçon est sanctionnée civilement et pénalement. L'univers du numérique a, alors, entrainé une adaptation des sanctions pénales à ces nouvelles infractions. Ces sanctions ont été renforcées mais également multipliées puisque de nouvelles responsabilités pénales ont vu le jour afin d'endiguer le phénomène de la contrefaçon en ligne. Pour autant, il n'est pas certain que cette adaptation des sanctions pénales à la contrefaçon sur internet soit effective.

[238] Hutchison, *supra* note 175, à la p 187.
[239] C-1.1 - Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

Chapitre II : L'insuffisance de l'adaptation des sanctions pénales de la contrefaçon en ligne.

Si l'adaptation des sanctions pénales à la contrefaçon ayant lieu sur internet est un échec, c'est en raison du manque d'effectivité de ces sanctions (I). Cela amène inévitablement une nouvelle adaptation des sanctions à l'égard des pratiques ayant lieu dans l'univers immatériel (II).

I. La faible effectivité des sanctions pénales sur internet

Avant d'examiner en détail l'effectivité des sanctions pénales concernant les contrefaçons sur internet, il appert opportun de présenter le concept d'effectivité des normes, ce qui induit l'effectivité de la sanction (A). Différentes raisons seront avancées pour démontrer le manque d'effectivité des sanctions pénales s'agissant des violations du droit d'auteur sur internet. Ces dernières manquent effectivement de légitimité au regard de leurs destinataires (B) et sont peu mises en œuvre (C), ce qui provoque un défaut d'effet dissuasif.

A. Le concept de l'effectivité

Le concept d'effectivité du droit est un concept relativement récent datant du XX^{e} siècle. En effet, c'est avec l'avènement de l'État-Providence que le droit devient un instrument actif de changement social en prenant la forme de principes abstraits et généraux. Le droit devient omniprésent dans toutes les sphères de la vie sociale en raison d'un double phénomène. Cela résulte, d'une part, de l'instrumentalisation du droit, et d'autre part, de sa spécialisation. C'est en raison de cette omniprésence qu'il est intéressant de s'intéresser à l'effectivité du droit.

La notion d'effectivité du droit a été étudiée très tôt par le Doyen Carbonnier. Celui-ci la définissait déjà comme l'application effective de la règle de droit[240]. Elle est désormais traditionnellement définie comme « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »[241]. Elle désigne ainsi la mesure, en termes d'écart, entre la règle

[240] Jean Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », L'Année sociologique, LVII, 1958, à la p 3.
[241] Pierre Lascoumes, « Effectivité » *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{e} éd., L.G.D.J, 1993, à la p 217.

de droit et les comportements qu'elle est censée régir. C'est cette mesure qui permettra d'établir le taux d'observation ou d'inobservation de la norme. Dans cette optique, il est souvent affirmé qu'une norme est effective si à ce qu'elle prescrit correspond un degré de conformité élevé. Toutefois, il est nécessaire de souligner qu'il y aura toujours un décalage entre les pratiques et ce qu'édicte le droit. Dès lors, l'effectivité d'une norme ne sera jamais nulle ou totale[242]. Dans ce cas, l'étude de l'effectivité est réalisée sous l'angle des destinataires à qui elle s'adresse. Elle ne peut néanmoins pas être réduite à ce champ d'observation. Ainsi, il faut également étudier la façon dont la norme est appliquée par les autorités chargées de la mettre en œuvre. Cela suppose donc d'établir l'effectivité de la sanction : dans quelle mesure la sanction est appliquée. La norme pénale peut être ineffective selon deux points de vue, en tant que règle de prohibition pour les destinataires primaires qui ne la respectent pas et en tant que règle de sanction pour les destinataires secondaires, c'est-à-dire ceux devant faire appliquer la sanction[243].

Selon certains auteurs, l'effectivité est une notion plus large. Ils diront qu'une règle est effective lorsqu'elle « est utilisée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique »[244], qu'il s'agisse des individus à qui elle s'adresse ou des autorités chargées de la mettre en œuvre. Dès lors, pour étudier l'effectivité du droit, il faut non seulement prendre en compte le degré de réalisation pratique des règles de droit mais également la façon dont les individus agissent et se détermine par rapport à elle. On s'interroge alors sur l'adéquation de la règle avec les comportements qu'elle vise à régler et sur les écarts entre la règle et la réalité sociale[245].

Ainsi, V. Demers[246] a identifié des facteurs d'effectivité d'une norme, qu'elle a ensuite classée en deux catégories. La première concerne les destinataires de la règle. Le caractère effectif dépendra de sa réception, de son accueil auprès des personnes à qui elle s'adresse. La seconde concerne l'appareil étatique chargé d'appliquer la norme et de la sanctionner. Concernant la réception de la norme, trois facteurs peuvent être identifiés : le contenu de la loi, la connaissance de la loi et le consens entourant l'adoption de la loi. S'agissant de l'application de la norme, les facteurs seront ceux de la sévérité de la sanction et la fréquence d'application de celle-ci.

[242] Demers, *supra* note 39, à la p 17.
[243] Yves Cartuyvels, « Le regard du sociologue » dans Michel Danti-Juan, dir, *L'ineffectivité des peines*, Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, à la p 85.
[244] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 329
[245] Cartuyvels, *supra* note 243, à la p 84.
[246] Demers, *supra* note 39, aux pp 31-38.

Ces différents facteurs peuvent être appliqués aux lois entourant l'adoption de responsabilités pénales pour les actes de contrefaçon en ligne. Ainsi, selon certains auteurs[247], certaines conditions sont nécessaires afin que les politiques de lutte contre la contrefaçon en ligne réduisent celle-ci et augmentent la consommation d'offre légale. Ils notent que «"With demand-side anti-piracy enforcement, awareness of the policy and an expectation of its enforcement appear to be necessary conditions for effectiveness. »[248]. En conséquence, pour établir la faible effectivité des sanctions pénales applicables aux actes de contrefaçon en ligne, nous étudierons, d'une part, le manque de légitimité de ces sanctions pénales (A) et, d'autre part, la faible application de celles-ci (B).

B. Le manque de légitimité des sanctions pénales au regard de la contrefaçon en ligne

Trois critères sont donc à évaluer dans le cadre de la légitimité des sanctions pénales applicables aux actes de contrefaçon en ligne. Il s'agit donc, de la clarté de la loi (1), de la connaissance de la loi (2) ainsi que du consensus entourant l'adoption de la loi (3).

1. La relative clarté de la loi

Il appert que la clarté, la précision et l'univocité des termes d'une norme juridique sont des facteurs d'effectivité de la loi. Inversement, lorsque la norme est perçue comme équivoque et ambiguë, il semble que celle-ci manque d'effectivité[249]. Des études de l'effectivité[250] font le postulat suivant : moins la norme est concise, plus il apparait difficile d'orienter son comportement de façon conforme à celle-ci. En conséquence, pour que les sanctions pénales relatives à la contrefaçon en ligne soient effectives, il apparait nécessaire que les lois les édictant soient claires et concises afin d'être comprises par tous.

Nous avons exposé précédemment toutes les infractions liées à la contrefaçon en ligne, sanctionnées pénalement. En droit français, plusieurs qualifications sont possibles selon les acteurs en cause. Ainsi, le droit « général » de la contrefaçon trouve à s'appliquer, mais également des responsabilités périphériques. C'est le cas de l'éditeur d'un logiciel

[247] Brett Danaher, Michael D. Smith et Rahul Telang, "Copyright Enforcement in the Digital Age: Empirical Evidence and Policy Implications" (2017) 60 : 2 Communications of the ACM, à la p 73.
[248] *Ibid.*
[249] François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », cité par Demers, *supra* note 39.
[250] William M. Evan, *Social structure and law*, Newbury Park, Sage Publication 1990, p. 72, cité par Demers, *supra* note 39.

manifestement destiné à la mise à disposition illicite du public d'œuvres de l'esprit ou encore de l'abonné à internet qui fait preuve de négligence caractérisée quant à la sécurisation de son accès internet (cet accès servant à participer à la contrefaçon d'œuvres sur internet).

Concernant la contrefaçon en général, il est possible de remarquer que les textes s'accumulent sans logique, pour un résultat confus[251]. En effet, l'article L335-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin (…), au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ». S'ensuit un article L335-3, qui, quant à lui, ajoute : « est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur (…). ». Un effort de conceptualisation serait appréciable puisqu'on ne comprend pas bien pourquoi viser en premier lieu certaines atteintes au droit d'auteur pour ensuite viser des atteintes en termes généraux. En effet, l'édition d'une œuvre est en réalité une forme de reproduction. Si la succession de ces deux articles peut se comprendre pour des raisons historiques, le Code pénal de 1810 n'employant le terme de contrefaçon que pour la violation du droit de reproduction et non pour celle du droit de représentation, il apparait désormais que l'article L335-2 fait double emploi avec l'article L335-3 du CPI, ce qui est regrettable, notamment en matière pénale[252]. Dès lors, une définition générale de la contrefaçon, en un même texte, permettant d'englober aussi bien la contrefaçon dans l'univers matériel qu'immatériel, serait la bienvenue. Les destinataires de la règle seraient alors à même de la comprendre. En fait, l'article L335-3 aurait dû être substitué à l'article L335-2 CPI[253].

Ensuite, concernant les responsabilités périphériques, nous avons déjà mentionné que l'article L335-2-1 du CPI sanctionnant les éditeurs de logiciels permettant la communication d'œuvres sans l'autorisation des ayants-droit est quelque peu confus[254]. Quant à l'obligation de surveillance qui pèse sur les internautes concernant leur accès à internet, il appert que la formulation de l'article L336-3 du CPI est facilement compréhensible. Néanmoins, l'alinéa

[251] Vivant et Bruguière, *supra* note 14, para 1033.
[252] Jérome Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches de la propriété intellectuelle : plaidoyer pour une clarification », [2004] 10 *Propr. Intell.* 513.
[253] E. Dreyer, « Les nouvelles incriminations… Retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur », [2007] 244 *LPA* 52.
[254] Nous renvoyons le lecteur au chapitre 1, II. B. 2. b.

second concernant le non-respect de cette obligation est moins précis du fait de ses multiples renvois[255].

S'agissant du droit canadien, il n'est possible d'entamer un recours criminel à l'égard d'un acte de contrefaçon en ligne, ou d'atteinte au droit d'auteur en ligne, que si cet acte rentre dans les définitions de l'article 42(1) de la LDA :

> « Commet une infraction quiconque, sciemment :
> a) se livre, en vue de la vente ou de la location, à la contrefaçon d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur protégés;
> b) en vend ou en loue, ou commercialement en met ou en offre en vente ou en location un exemplaire contrefait;
> c) en met en circulation des exemplaires contrefaits, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
> d) en expose commercialement en public un exemplaire contrefait;
> e) en a un exemplaire contrefait en sa possession, pour le vendre, le louer, le mettre en circulation dans un but commercial ou l'exposer commercialement en public ;
> f) en importe pour la vente ou la location, au Canada, un exemplaire contrefait;
> g) en exporte ou tente d'en exporter, pour la vente ou la location, un exemplaire contrefait. ».

En l'absence de doctrine ou d'arrêt portant sur ce sujet, nous supposons que l'alinéa a), b) ou le c) pourrait s'appliquer à des actes de contrefaçon en ligne. Ces dispositions peuvent être difficilement compréhensibles par le public, dans la mesure où l'expression « de façon à porter préjudice » n'est pas définie. Il est donc possible de s'interroger concernant la mise à disposition d'œuvre via le streaming, ou le téléchargement, par un particulier : s'agit-il d'une mise en circulation d'exemplaires contrefaits portant préjudice au titulaire des droits ?

Dès lors, il semblerait que le premier critère de l'effectivité des sanctions pénales soit difficilement rempli.

[255] L336-3 al. 2 CPI : « Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. »

2. La connaissance de la loi relative aux actes de contrefaçon en ligne

Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, la connaissance de la norme est un deuxième facteur d'effectivité des sanctions pénales. Plus la norme, et les sanctions qui lui sont attachées, sont connues, plus elle sera respectée. Les études théoriques ont également mis l'accent sur l'importance de la mise sur pied, lors de l'adoption d'une norme juridique, d'une infrastructure propre à porter son existence à la connaissance des destinataires de la norme[256].

C'est pourquoi, la loi Création et Internet de 2009 a instauré l'Hadopi. Celle-ci n'a pas seulement pour mission d'envoyer des recommandations à des abonnés dont la ligne internet a servi à commettre des contrefaçons en ligne, elle a également la mission de promouvoir le développement de l'offre légale tout en observant les usages licites et illicites effectués sur internet. Ainsi, l'Hadopi assure, principalement, la sensibilisation des internautes à l'usage licite des contenus culturels en ligne. Elle les informe des offres légales gratuites ou payantes et des systèmes existants afin de sécuriser sa ligne internet. Par ailleurs, l'Hadopi cherche à protéger les œuvres sur internet. Pour cela, lorsque cela est nécessaire, elle envoie des recommandations aux internautes dont la ligne internet a servi à diffuser des contenus culturels illicites. Ces recommandations constituent des rappels à la loi et informent les internautes de leur obligation de surveillance de leur accès à Internet. L'objectif est donc de sensibiliser au mieux les internautes et de faire connaître la loi et les sanctions applicables. En outre, les médias ont joué un rôle important d'information des citoyens français lors de l'adoption de cette loi. Il faut également mentionner l'article 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui dispose que :

> Lorsque les personnes visées au 1 du I de l'article 6 [c'est-à-dire les intermédiaires techniques de l'internet] invoquent, à des fins publicitaires, la possibilité qu'elles offrent de télécharger des fichiers dont elles ne sont pas les fournisseurs, elles font figurer dans cette publicité une mention facilement identifiable et lisible rappelant que le piratage nuit à la création artistique.

En conséquence, différents mécanismes ont été créés par le législateur français afin de porter à la connaissance des internautes l'illégalité du téléchargement non autorisé d'œuvres.

Il n'en va pas de même au Canada, qui ne dispose, à ce jour, pas d'organe propre à faire connaître les sanctions attachées à la contrefaçon de droit d'auteur en ligne. Il est difficile d'estimer la connaissance de la loi sur le droit d'auteur par les citoyens canadiens en l'absence de statistiques. Toutefois, puisque les fournisseurs d'accès à internet ont

[256] W. M. Evan, *supra* note 238.

l'obligation d'envoyer à un internaute un avis de prétendue violation, lorsque cela est demandé par un titulaire de droit, et que les citoyens canadiens ont pu participer à une consultation publique sur la réforme du droit d'auteur, il est possible de supposer que la loi est connue par un grand nombre de citoyens.
Dès lors, le critère de la connaissance de la loi, et des sanctions lui étant attachée, semble être rempli, aussi bien en France qu'au Canada.

3. Le consensus entourant l'adoption de la loi

Selon Rousseau, « Si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime »[257], et c'est pour cela que la loi doit être l'expression de la volonté générale[258], elle-même exprimée à travers les représentants du peuple, les députés. Le consensus entourant l'adoption d'une loi est un important facteur d'effectivité : plus la norme est approuvée, plus elle sera respectée. C'est pourquoi il y a une corrélation entre l'adhésion idéologique et le comportement des destinataires[259]. Le fondement de cette hypothèse repose sur l'échec notoire, aux États-Unis, de la Prohibition. Cet échec a, par ailleurs, fait prendre conscience de l'importance des facteurs culturels dans l'effectivité des lois. Il est plus difficile de modifier des comportements ancrés profondément dans les mœurs[260].

Cette dernière assertion est importante, notamment concernant le phénomène de téléchargement illégal ou de streaming illégal d'œuvre de l'esprit par des particuliers. Celui-ci est un phénomène de masse, réalisé par la majeure partie de la population. Le gouvernement souhaitant lutter contre cela, dois donc nécessairement faire en sorte que la population adhère aux sanctions pénales, notamment en France, attachées aux lois de lutte contre la contrefaçon en ligne. C'est en examinant les débats législatifs relatifs à l'adoption des lois DADVSI[261] et des lois Hadopi, ainsi que les réactions dans les médias, qu'il est possible de constater les controverses soulevées par la question du téléchargement illégal réalisé par des particuliers.

La mise en œuvre de sanction pénale à l'égard du téléchargement illicite opéré par des particuliers est un véritable débat, certains représentants de la magistrature appelant

[257] Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'économie politique,* 1755.
[258] Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
[259] W. M. Evan, *supra* note 238.
[260] L. M. Friedman, *The legal System. A Social Science Perspective,* NY, Russell Sage Foundation, 1975, p. 90, cité par Demers, *supra* note 39.
[261] Laurence Tellier-Loniewski, « Projet de loi DADVSI: un débat surréaliste ? » (2006) 25 Gaz. Pal. 3.

même à dépénaliser cette pratique[262]. C'est pourquoi, lors du débat concernant l'adoption de la loi du 1er août 2006, il est à noter que de nombreux députés envisageaient de résoudre le problème du téléchargement illégal en instaurant une « licence légale ». L'objectif de celle-ci est de présumer l'autorisation de diffuser les œuvres internet, en contrepartie d'une compensation financière. Plusieurs amendements ont été déposés en ce sens et étaient justifiés en dénonçant la disproportion des poursuites pénales dont des internautes ayant échangé des œuvres sur internet font l'objet[263]. Le député Le Fur constate qu'il ne lui est pas possible de contrôler l'activité de ses enfants sur internet, ce qui en fait des « délinquants potentiels »[264]. L'amendement concernant la licence globale est finalement retiré du projet de loi par le Gouvernement. Toutefois, la contraventionnalisation du téléchargement illégal proposée par le Gouvernement a suscité de vifs débats à l'Assemblée nationale. Pour certains députés, la disposition n'était pas claire ou encore trop répressive[265]. C'est ainsi que de nombreux députés[266] ont saisi le Conseil constitutionnel, qui a censuré cette disposition pour rupture d'égalité devant la loi pénale[267].

Les désaccords étaient également très marqués lors de l'adoption de la loi Création et internet de 2009. Cela démontre le reflet de divergences au sein de la société. Ainsi, la plupart des représentants des milieux de la création et de la production étaient favorables à une législation visant à freiner les pratiques de téléchargement. En revanche, la vision des internautes, des associations de consommateurs, était diamétralement opposée. Les critiques de cette loi, dans la presse écrite ou sur internet, étaient particulièrement violentes. Elle a été qualifiée de « monstre juridique », elle a été jugée « répressive et liberticide » ; il lui a même été reproché d'être « d'une stupidité archaïque », d'être « absurde, idiote et scandaleuse »[268]. De même, il lui a été reproché d'être « à côté de la plaque »[269]. La peine complémentaire de suspension à l'abonnement internet était, quant à elle, jugée scandaleuse. Tant la société civile

[262] Tribune de M. Dominique Barella, président de l'Union syndicale des magistrats, dans l'édition de Libération du 14 mars.
[263] Amendement n°203, 8 décembre 2005, Ass. Nat., *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* (n°1206), Amendement n°154, 14 décembre 2005, Ass. Nat., *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* (n°1206).
[264] JOAN, 109e séance, 21 déc. 2005, p. 8629
[265] Ass. Nat., Compte rendu intégral, 3e séance du jeudi 16 mars 2006, 175e séance de la session ordinaire 2005-2006, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2005-2006/20060175.asp.
[266] Plus de 60 députés ont saisi le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61 alinéa 2 de la Constitution française.
[267] Décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006, *supra* note 188.
[268] E. Rochant, « Il est stupide d'aller contre internet avec bâton, casque et ciseaux », Le Monde du 13 mai 2009, cité par Jacques Francillon, « Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, censurant partiellement la loi du 12 juin 2009, JO n° 135 du 13 juin 2009 » [2009] RSC 609
[269] B. Le Gendre, Le Monde du 28 avr. 2009.

que les députés émettaient des avis contraires à ce texte. C'est ainsi que plus de 60 députés ont saisi le Conseil constitutionnel, avec succès[270], ce qui a nécessité une seconde loi[271]. Toutefois, à peine la loi promulguée, on nous expliquait déjà comment la contourner[272]. Pire encore, un site internet est entièrement dédié au contournement d'Hadopi[273]. Ainsi, la société civile est particulièrement sensible aux questions touchant au téléchargement illégal et frontalement opposée à ce que des sanctions pénales lui soient applicables. Dans un tel contexte, il parait difficile d'affirmer que le système mis en place sera effectif. Malgré celui-ci, un auteur relève que l'ampleur de ces actes est patente, une majorité des citoyens étant peut être des cyberdélinquants, qu'il se demande si nous ne serions pas face à une forme de désobéissance civile[274], c'est-à-dire une nouvelle source privée de droit s'opposant aux sources publiques[275].

La situation n'est pas la même au Canada. Contrairement au législateur français, le législateur canadien n'a pas souhaité adopter des sanctions pénales spécifiques à la contrefaçon en ligne – quoique l'article 27 (2.3) de la LDA édicte en une infraction le fait de fournir un service sur internet permettant de faciliter la violation du droit d'auteur. Cette disposition a été adoptée par la loi de modernisation du droit d'auteur, en même que la procédure d'envoi de l'avis de prétendue violation du droit d'auteur. Il est possible de constater que cette loi, contrairement aux lois françaises, a suscité plus de consensus auprès des citoyens canadiens. Si un tel consensus a été possible, c'est notamment en raison de la vaste consultation publique lancée par le gouvernement canadien en juillet 2009 sur la réforme du droit d'auteur[276].

Ainsi, en juillet 2009, le gouvernement canadien a lancé une vaste consultation publique sur la réforme du droit d'auteur dans laquelle Internet a joué un rôle clé. Celui-ci était vecteur de diffusions des différentes tables rondes et meetings. Par ailleurs, un site internet spécialement dédié à cette réforme a vu le jour : www.copyrightconsultation.ca. Sur cette plateforme, cinq questions générales concernant le droit d'auteur étaient posées au public canadien. Ces questions sont les suivantes : How should existing copyright laws be

[270] Décision de 2009, *supra* note 211, qui a censuré une partie de la loi.
[271] Loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.
[272] Ainsi, un article sur internet est consacré à deux moyens permettant de contourner Hadopi : www.espacerezo.fr/deux-moyens-gratuits-pour-contourner-hadopi .
[273] www.contournerhadopi.com/#
[274] Barraud, *supra* note 47.
[275] Voir Encinas de Munagorri R., « La désobéissance civile : une source du droit ? » [2005] RTD civ. 73.
[276] Ysolde Gendreau, « Vox Pop : Public Participation in Canadian Copyright Law », dans I. A. Stamatoudi, *Copyright enforcement and the Internet*, Wolters Kluwer, 2010, à la p 321.

modernized? How should copyright changes be made in order to withstand the test of time? What sorts of changes would best foster innovation and creativity in Canada? What sorts of copyright changes would best foster competition and investment in Canada? What kinds of changes would best position Canada as a leader in the global digital economy?

Plus de 2 200 commentaires ont été rédigés par les citoyens canadiens, de même que plus de 8000 suggestions ont été envoyées. Cette consultation publique a pris fin en septembre 2009, permettant au gouvernement de prendre en compte ces multiples remarques afin de préparer le projet de loi C-32. Les universitaires étaient également très présents lors de ces discussions[277]. Ainsi, B. Sookman[278] souhaitait une clarification du régime applicable aux services facilitant la contrefaçon en ligne et était partisan de l'adoption d'une procédure d'avis. L'instauration, dans la loi, de la procédure d'avis était également souhaitée par les fournisseurs d'accès internet. En effet, ces derniers souhaitaient la légalisation de cette pratique. Selon Rogers, il s'agissait effectivement d'une pratique permettant de réduire le téléchargement illégal puisque la plupart de ces clients recevant une première notification n'en recevaient pas de deuxième. L'objet d'un tel avis est de décourager les internautes de recourir au téléchargement illégal. Il semblerait que cette procédure soit mieux acceptée par les internautes.

Par conséquent, il appert que le critère du consensus entourant l'adoption d'une loi, et des sanctions lui étant attachées, est un important critère d'effectivité. En effet, plus une loi est acceptée, et ses sanctions comprises, plus les citoyens seront enclins à changer leurs comportements et à respecter la loi. Au des importantes controverses en France, il semblerait que les lois, et les sanctions pénales, soient difficilement acceptées par les internautes français, risquant de rendre ineffectives les lois Hadopi. Le droit d'auteur souffre d'une véritable crise de légitimité sur internet, ce qui rend son application difficile. L'assertion est toutefois moins nette concernant les sanctions pénales visant à réprimer les personnes utilisant les œuvres, de façon illégale, à des fins commerciales. En revanche, au Canada, le gouvernement n'a pas souhaité criminaliser les internautes ayant recours au téléchargement illégal, ces derniers ne peuvent que recevoir, en premier lieu, un avis de prétendue violation du droit d'auteur en ligne. La loi de modernisation du droit d'auteur pourrait être plus effective car elle repose sur une consultation du public et une prise en compte des différents

[277] Voir : Barry Sookman, "Copyright Reform for Canada: What Should We Do? A Submission to the Copyright Consultation", [2009], 22 I.P.J. 1. ; Nathan Irvinga, "Copyright Law for the Digital World: An Evaluation of Reform Proposals", [2010], Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 141.
[278] *Ibid.*

intérêts en jeu : les ayants-droit, les industries culturelles, les intermédiaires techniques de l'internet ainsi que le public.

Par conséquent, bien que les sanctions pénales attachées à la contrefaçon en ligne apparaissent connues du grand public, il appert qu'elles manquent de clarté et d'adhésion. Les sanctions pénales applicables à la contrefaçon en ligne souffrent d'une véritable légitimité, notamment auprès des internautes, ce qui rend difficile leur mise en œuvre.

C. Le manque de mise en œuvre des sanctions pénales concernant la contrefaçon en ligne

L'idée sous-jacente, pour reprendre les propos de V. Demers[279], est que l'effectivité d'une norme juridique est tributaire de l'application adéquate de ses mécanismes de sanctions. La sévérité de la sanction ne serait pas un élément dissuasif permettant un taux élevé de conformité (1). De même, la fréquence d'application des sanctions joue un rôle important dans le taux de conformité à la norme et dans l'étude de l'effectivité des sanctions pénales (2).

1. La sévérité des sanctions applicables

Si les toutes premières études théoriques formulaient l'existence d'une relation entre la sévérité des sanctions prévues pour faire suite à la violation d'une norme et son taux de conformité, des études empiriques de criminologie et de sociologie pénale ont démontré le contraire[280]. Il était cru que plus les sanctions étaient sévères, plus les lois seraient respectées. Cette croyance repose sur la fonction d'intimidation de la peine. Le législateur pense que la crainte d'un châtiment exemplaire est de nature à faire hésiter les délinquants éventuels[281]. C'est ainsi que le législateur français n'a eu de cesse d'augmenter la répression de la contrefaçon, tout en édictant de nouveaux délits propres à la contrefaçon en ligne.

Certaines personnes ont mis en doute l'efficacité d'une telle méthode, c'est pourquoi, Beccaria affirmait déjà que « La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité

[279] Demers, *supra* note 39, à la p 35.
[280] *Ibid.*
[281] Bouloc, *supra* note 154, à la p 434.

»[282]. Dès lors, bien que la contrefaçon soit punie, en France, de 300 000€ d'amende et de trois ans d'emprisonnement, l'esprit des lois Hadopi est conforme à la locution de Beccaria. En effet, l'objectif de ces lois est d'adapter le droit pénal de la contrefaçon aux actes illicites commis sur internet par des particuliers[283]. La sanction traditionnelle de la contrefaçon peut tout de même s'appliquer pleinement à la diffusion ou à la reproduction des œuvres sur internet sans l'autorisation des ayants-droit. Toutefois, cette sanction pénale est vite apparue inappropriée en raison de sa sévérité et de la lourdeur de sa mise en œuvre pour lutter contre des pratiques de masse[284]. La sanction doit se faire craindre, plus que l'infraction se fait désirer. L'effet de ces sanctions pénales doit avant tout détourner les individus de tels actes, et de prévenir le recommencement.

Ainsi, les sanctions pénales doivent être adaptées à la gravité de l'acte afin de dissuader pleinement l'internaute qui se livre à de la contrefaçon en ligne.
Pour cela, le Canada a édicté, bien que ne relevant pas des sanctions pénales, des dommages et intérêts forfaitaires, selon que l'infraction soit commise à but commercial ou non.

2. La faible application des sanctions pénales applicables à la contrefaçon en ligne

Plus la probabilité de l'imposition d'une sanction parait élevée, plus la conformité à la norme augmenterait. Cela participe à l'effectivité de la sanction pénale à travers la « peur du gendarme ». L'existence de sanction pénale à l'égard de la contrefaçon en ligne, et la probabilité de l'imposition d'une telle sanction devrait dissuader les internautes de recourir à de tels actes. Néanmoins, du fait des technologies de l'internet, il appert que la probabilité de se voir infliger une sanction pénale du fait de la violation du droit d'auteur en ligne est très faible (a). Par ailleurs, même quand des sanctions pénales sont effectivement prononcées, celles-ci ne sont pas dissuasives (b).

[282] Beccaria, Des délits et des peines, § XXVII, GF-Flamarion, à la p 12
[283] Anne-Sophie Chavent-Leclère, « La responsabilité pénale à la lumière des lois « Hadopi » », [2011] 67 RLDI 79.
[284] Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux,* La documentation française, 2014

a. Le faible recours au juge pénal

En matière de contrefaçon, le juge pénal est très souvent délaissé. En 2005, déjà, P. Massot constatait que la voie pénale était peu empruntée[285]. Cette constatation est la même en 2008[286], et peut être réitérée à l'heure actuelle. Mme Imbert-Quaretta relève également le faible nombre de condamnations pénales en la matière[287]. Ainsi, en 2010, 378 condamnations ont été prononcées en matière de contrefaçon au niveau pénal. Toutefois, ces statistiques ne distinguent pas entre la contrefaçon de marques et de droit d'auteur. Dès lors, très peu d'infractions en matière de droit d'auteur, ayant lieu sur internet, sont portées devant le juge pénal. Cela peut donner un sentiment d'impunité à la personne qui contrefait sur internet, et les sanctions pénales ne semblent pas dissuasives, puisqu'elles sont peu appliquées.

Ainsi, les dispositions pénales du Code de la propriété intellectuelle sont peu appliquées. Par exemple, l'article L335-2-1 qui réprime l'édition de logiciels destinés à la mise à disposition du public d'œuvres sans autorisation des titulaires de droit n'a été appliqué que rarement appliqué. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation a confirmé la condamnation de deux administrateurs du site Radioblog, qui diffusait illégalement en streaming de la musique[288]. Plus récemment, il a été appliqué dans l'affaire du 31 mars 2017[289], dans laquelle le prévenu a été reconnu coupable de mise à disposition du public de logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'œuvre protégée. Les juges ont considéré que son site « constituait un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres protégées, au sens de l'article L.335-2-1 du code de la propriété intellectuelle ».

Par ailleurs, concernant le phénomène de masse qu'est la contrefaçon en ligne réalisée par des particuliers, il appert, à première vue, que celle-ci a diminué grâce au système mis en place par l'Hadopi. Cette dernière estime qu'il n'y aurait plus que 20% des internautes français qui téléchargent[290]. Sur les chiffres de la réponse graduée, dont l'ultime étape est la

[285] Massot, *supra* note 35.
[286] William Bourdon, « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? » [2008] D. 729.
[287] M. Imbert-Quaretta, Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites, 2013, à la p 13.
[288] CA Paris, pôle 5, ch. 12, 22 mars 2011, SPPF et SCPP c/ société Mubility, Benoît et Jean-Louis T... ; Frédéric Pollaud-Dulian, « Contrefaçon sur internet » [2011] RTD com. 354. ; confirmé par cass. Crim., 25 septembre 2012, n°11-84.224, SPPF c. Radioblog.
[289] Cour d'appel de Colmar, arrêt du 31 mars 2017, Monsieur X. / SACEM, https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-colmar-arret-du-31-mars-2017/
[290] Hadopi, Rapport annuel d'activité 2015-2016, à la p 37.

transmission du dossier au parquet en vue de sanctions pénales, rendus disponibles par la Hadopi[291], il est constaté qu'entre 2010 et 2017, plus de 8 millions de premières recommandations ont été envoyées. L'Hadopi note qu'au moins un internaute sur deux, qui aurait reçu une recommandation reconnait avoir changé ses habitudes[292]. Par ailleurs, moins de huit cents milles seconde recommandations auraient été envoyées. Selon l'Hadopi, il y a donc un véritable effet pédagogique des recommandations, la plupart des internautes recevant une première notification ne récidivant plus par la suite. Enfin, sur les six mille constats de négligence caractérisée, l'Hadopi n'a transmis qu'environ 1500 dossiers au parquet entre 2010 et 2017. Ainsi, l'effet pédagogique des recommandations est démontré, et les transmissions au Parquet pour des sanctions pénales n'interviennent qu'en dernier recours. Bien que ces chiffres démontrent l'effectivité d'un tel système, fondé sur l'éducation et la menace de sanctions pénales, ils sont à relativiser.

D'une part, dans rapport d'activité annuel de 2015-2016, l'Hadopi fait état d'une diminution des pratiques de mise à disposition sur les réseaux de pair-à-pair pendant ses deux premières années d'existence. Cette dernière cite différentes études selon lesquelles ces pratiques auraient diminué de 17 à 66%[293]. Par exemple, la diminution de 17% de mise à disposition illégale par le pair-à-pair serait mise en avant par une étude réalisée par Nielsen et l'IFPI. Ces premiers chiffres ont été affirmés, avant d'être repris dans le rapport annuel de 2015-2016, dans le rapport de l'Hadopi « Hadopi, un an et demi après son lancement ». Il est permis de douter d'une telle réduction car aucune méthodologie dans le calcul de ce chiffre n'est expliquée, et sa provenance n'est pas déterminée[294]. En outre, tant médiamétrie que Nielsen utilisait des logiciels installés sur les ordinateurs d'usagers pour faire un tel calcul. Cela signifie qu'ils n'enregistraient les données que pour des usagers d'internet ayant librement accepté l'installation de ce logiciel et leur comportement surveillé. De ce fait, ce ne peut être représentatif de la population[295]. Quant à une diminution de 66% de l'usage des réseaux pair-à-pair en 2012, elle est attribuée à une étude réalisée par l'ALPA. De fait, les résultats doivent également être regardés avec prudence : l'étude n'est pas publique et aucune méthodologie n'est présentée. De plus, un auteur[296] note que l'ALPA « has a strong vested interest in promoting global adoption of graduated response » en tant que titulaire de droit.

---

[291] Disponible à cette adresse : http://us7.campaign-archive1.com/?u=f5a64a3e849a30a413681e791&id=90694d675c
[292]Hadopi *supra* note 290.
[293] *Ibid.* à la p 18, n 13.
[294] Rebecca Giblin, « Evaluating graduated response », (2014) 37:2 JLA 183.
[295] *Ibid*
[296] *Ibid*

D'autre part, les chiffres de la réponse graduée à proprement parler, c'est-à-dire les recommandations, supposent que la Hadopi a effectivement permis une baisse des mises à dispositions illicites des œuvres sur les réseaux pair-à-pair. Ils sont toutefois à relativiser. Plusieurs raisons peuvent expliquer la baisse significative de deuxièmes recommandations envoyées. En premier lieu, il est à noter que selon l'article L331-25 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle, c'est en cas de renouvellement, dans un délai de six mois, de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation de sécurisation de son accès internet, que l'Hadopi peut envoyer une seconde recommandation. Dès lors, si l'abonné se fait surprendre une seconde fois, mais après plus de six mois, il obtiendra seulement une deuxième « première recommandation ». De plus, même si le comportement de la personne ne change pas, elle a très peu de chance de recevoir une seconde recommandation[297].

De nouvelles pratiques alternatives au pair-à-pair se sont développées pour consommer de façon illégale des œuvres de l'esprit. Il s'agit du téléchargement direct ou encore du streaming. Ainsi que le note le rapport Lescure[298], il est probable qu'une partie des internautes se tournent vers ces formes de consommation illicite. En effet, quand bien même les lois Hadopi ne font référence à aucune technologie particulière, la réponse graduée ne vise que le téléchargement pair-à-pair. L'Hadopi n'est saisie qu'à l'égard des titulaires d'abonnement à Internet dont l'accès est utilisé pour des fins de mise à disposition non autorisée d'œuvre. Son action est essentiellement pédagogique, les sanctions pénales étant appelées en dernier recours, Mireille Imbert-Quaretta[299] considère qu'Hadopi ne parait pas appropriée à l'égard des internautes qui mettent délibérément à disposition du public des œuvres protégées sans autorisation sur des plateformes de streaming et de téléchargement. Elle considère que ces faits relèvent de la contrefaçon puisque de tels internautes ont l'intention d'alimenter les sites en dehors de toute consultation ou de tout téléchargement. Ils participent de façon active et volontaire à des actes portant atteinte au droit d'auteur, contrairement aux utilisateurs de logiciels pair-à-pair. Ces derniers alimentent le réseau à l'occasion ou à la suite d'un téléchargement, souvent de façon passive. Concernant la situation de l'internaute qui se rend sur un site pour télécharger ou consulter en streaming, il n'y a pas d'acte de mise à disposition. Mireille Imbert-Quaretta considère, en outre, doute du caractère pénalement répréhensible de la consultation d'un site de streaming. Or, il apparait que désormais, ces modes alternatifs de consommation illicite ont pris le dessus sur le réseau

[297] *Ibid p. 187*
[298] Pierre Lescure, *Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, à la p 370.
[299] M. Imbert-Quaretta, *supra* note 287, à la p 35

pair-à-pair[300]. Mireille Imbert-Quaretta relève que dans ce cas, il serait plus opportun de leur envoyer des messages de sensibilisation.

En outre, dans le cadre de l'Hadopi, le juge pénal est très peu saisi. Au 31 janvier 2017 et en 7 ans d'existence, seules 263 réponses pénales ont été apportées[301]. Il est également peu saisi pour les actes de contrefaçon sur internet au regard de la difficulté particulière qu'il y a de lutter contre les faits commis sur internet. Ainsi, la Commission européenne soulève que :

> l'anonymat relatif qu'emporte l'Internet, sa nature transfrontalière, ses services à la consommation et à l'utilisation familières accessibles du monde entier ont créé un environnement en ligne où les délinquants ne peuvent être facilement identifiés, où la preuve numérique est difficile à préserver, où les dommages causés sont difficiles à mesurer et où, après avoir été découverts, les délinquants "réapparaissent" rapidement sous des noms différents[302].

Par exemple, le repérage des services illégaux peut être rendu impossible tandis que les mesures de blocages de l'accès à un site peuvent être inefficaces dès lors que les internautes les contournent par l'usage de VPN – Virtual Private Network - (petit logiciel permettant de faire croire que le site en cause est requis depuis un autre territoire). Cela permet également à l'utilisateur de se camoufler[303]. La facilité de dissimuler une activité illicite et la difficulté de récolter des preuves dans un tel univers participent au faible recours au juge pénal. En outre, le Conseil d'État relève que les procédures judiciaires sont longues, alors que les sites internet peuvent être reconstitués dans la minute, ce qui dissuade encore plus titulaires de droit d'avoir recours au juge pénal. Au demeurant, internet est un espace transfrontière, ce qui nécessite nécessairement des investigations transfrontières. Or, les enquêtes transfrontalières répondent à un formalisme qui les rend lourdes et lentes, car aucune police ne peut librement mener ses enquêtes au-delà des frontières nationales de son État[304].

Quant au Canada, dont l'arsenal répressif est moins développé qu'en France, il appert que le juge pénal intervient peu ou prou en matière de violation de droit d'auteur. Tout d'abord, l'article 42 relatif aux recours criminels possibles en matière de droit d'auteur n'est référencé que dans 28 arrêts, depuis 1995, sur le site CANLIIi[305]. En outre, seulement quatre

---

[300] Une étude de 2012 suggère ainsi que concernant la musique, 24% des utilisateurs utilisent un système de piratage alternatif au pair-à-pair, contre 18% utilisant cette technologie. Concernant la musique, 42% des utilisateurs utiliseraient le piratage alternatif, contre 16% pour le pair-à-pair. Source : Éric Darmon et al., « La réponse graduée de l'Hadopi a-t-elle eu des effets sur le piratage de musique et de films ? Une étude empirique des pratiques de consommation en ligne », (2016) 67 :2 Revue économique 181.

[301] Chiffre de l'Hadopi : http://us7.campaign-archive1.com/?u=f5a64a3e849a30a413681e791&id=90694d675c, le 20 juillet 2017.

[302] Commission européenne, Propositions pour la révision de la directive sur le renforcement des droits de propriété intellectuelles (Dir. nº 2004/48/EC), 2012.

[303] Barraud, *supra* note 47.

[304] *Ibid*

[305] Il s'agit du site de l'institut canadien d'information juridique. Il recense les jurisprudences.

arrêts font référence à l'utilisation d'internet dans la violation du droit d'auteur[306]. C'est dire à quel point le juge pénal intervient peu en matière de contrefaçon de droit d'auteur, d'autant plus que seuls deux arrêts ne concernent que la reproduction ou la mise à disposition d'œuvre totalement dématérialisée sur internet[307]. Dans cet arrêt, l'accusé a plaidé coupable d'avoir mis en circulation, pour un but commercial ou pour porter préjudice au titulaire des droits, en vertu de l'article 42 (1) c) de la loi sur le droit d'auteur, des exemplaires contrefaits de deux œuvres, des films en l'occurrence. Nous supposons que ces films ont été mis en circulation sur internet puisque l'accusé a également plaidé coupable d'avoir enregistré un film dans une salle de cinéma, sans le consentement du gérant, puis de l'avoir diffusé sur internet, ce qui est une infraction[308].

Le juge pénal canadien intervient donc rarement en matière de droit d'auteur. Cela se comprend aisément : la procédure pour un titulaire de droit pour intenter une procédure au criminel est longue, et de fait, dissuasive. En effet, lorsqu'il s'agit d'un particulier qui contrefait, l'ayant-droit peut avoir recours, en premier lieu, à la procédure d'avis pour notifier à l'intéressé une violation du droit d'auteur sur internet. Le système de l'Hadopi a été fortement rejeté au Canada[309]. Ensuite, s'il veut intenter une action, il doit d'abord obtenir l'identité de l'internaute en demandant à la Cour une injonction lui permettant d'ordonner à un fournisseur d'accès internet la divulgation de l'identité de cet internaute. Enfin, l'acte de l'internaute doit entrer dans les infractions énoncées à l'article 42(1) de la loi sur le droit d'auteur. Deux alinéas nous paraissent pertinents concernant la contrefaçon sur internet. Tout d'abord, il s'agit de l'alinéa a) qui dispose qu'il s'agit d'une infraction de se livrer « en vue de la vente ou de la location, à la contrefaçon d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur protégés ». Cet alinéa ne permettrait de sanctionner qu'une mise à disposition d'œuvres contrefaites sur internet si cette contrefaçon est effectuée en vue d'une vente ou d'une location. En second lieu, l'alinéa c) dispose qu'il s'agit d'une infraction de mettre « en circulation des exemplaires contrefaits, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ». Si cette mise en circulation est réalisée par un

306 https://www.canlii.org/fr/#search/type=decision&sort=decisionDate&text=internet&origin1=%2Ffr%2Fca%2Flegis%2Flois%2Flrc-1985-c-c-42%2Fderniere%2Flrc-1985-c-c-42.html&section1=42-1, consulté le 20 juillet 2017.

307 *R. c M. (J.P) (1996)*, 67 C.P.R. (3d) 152 (C.A N.E) *; R. c. Adam*, 2010 QCCQ 10991 (CanLII), dans les autres cas, internet servait simplement de vecteur permettant la commercialisation d'exemplaires physiques contrefaits d'œuvres.

308 Article 432(b) du Code criminel.

309 Michael Geist, « Moore's Strong Rejection of Three Strikes Model for Canada », 4 juin 2010, en ligne : http://www.michaelgeist.ca/content/view/5090/125/.

particulier, comme dans l'affaire Adam[310], il est difficile de prouver le but commercial si l'internaute ne réalise pas de profits. De même, sans aveu de l'intéressé, la preuve de la volonté de porter préjudice à un titulaire de droit est difficile à rapporter s'agissant d'un particulier. On pourrait même considérer qu'il s'agit d'une « *probatio diabolica* ». Enfin, à la lecture de l'article 42(1), il est loisible de constater que seule une personne mettant en circulation des œuvres contrefaites peut être sanctionnée, aucun alinéa ne considère la personne qui télécharge pour son propre profit. L'application de l'article 42(1) apparait donc restreinte aux actes de mises à disposition ayant un but commercial. Les organes législatifs ne visaient effectivement, à l'origine, que les entités commerciales pour lesquelles les recours civils n'avaient pas d'effet dissuasif[311]. Cet article pourrait servir de fondement au juge pénal canadien pour sanctionner une personne qui, sur son site web, fournit des liens facilitant le téléchargement illégal de musique, à l'instar de l'affaire R v Evans du 14 février 2017[312] au Royaume-Uni, dont l'article 107 du Copyright, Designs, Patent Act[313] est comparable à l'article 42(1) de la LDA.

Ainsi, si les sanctions pénales sont peu effectives en matière de contrefaçon en ligne, c'est tout d'abord parce que le juge pénal est peu saisi. Les titulaires de droit préfèrent bien souvent la voie civile et les systèmes mis en place par les réformes du droit d'auteur sont peu mis en œuvre. Il est même possible de se demander si la pénalisation des actes de contrefaçon commis sur internet ne participe pas d'une « politique spectacle », poussant le législateur à adopter une loi pénale sans pour autant chercher son application[314]. De plus, lorsque ces derniers sont saisis, ils sont bien souvent cléments, ce qui participe à l'ineffectivité des sanctions pénales en matière de contrefaçon en ligne.

---

[310] R. c. Adam, *supra* note 307.
[311] Commission du droit du Canada, *Qu'est-ce qu'un crime ? : mémoires du concours Perspectives juridiques 2002*, P.U.Laval, 2005, à la p 123.
[312] Evans, R. v [2017] EWCA Crim 139 (14 February 201) ; Barry Sookman, « Website operator jailed for distributing copyright infringing copies of musical works: R v Evans", 13 mars 2017, en ligne : www.barrysookman.com/2017/03/13/website-operator-jailed-for-distributing-copyright-infringing-copies-of-music-works-r-v-evans/
[313] s107(1)(e) UK Copyright, Designs, Patents Act, 1988.
[314] Cartuyvels, *supra* note 243, à la p 89.

b. La faible effectivité des sanctions prononcées

Non seulement le juge pénal est peu sollicité en matière de contrefaçon sur internet, mais lorsqu'il l'est, celui-ci a la caractéristique d'être clément. Cela peut s'expliquer par la prise de conscience du caractère stigmatisant et désocialisant de la sanction pénale, voire de l'identification au rôle de déviant que peut produire le stigmate pénal, que le juge cherche à éviter[315]. Au Canada, nous disposons de l'exemple de l'affaire Adam, qui est un aperçu flagrant de la clémence du juge pénal. Les juges ont estimé que « la sentence doit être exemplaire et dissuasive afin de s'assurer que ce genre de délit ne se reproduise plus »[316]. L'accusé, pour avoir mis en circulation des œuvres cinématographiques contrefaites, et n'ayant pas les moyens financiers de payer une amende, a dû purger une peine de sept jours d'emprisonnement, en raison des neuf semaines de détention préventive déjà effectuées[317]. De même, pour avoir enregistré une telle œuvre dans un cinéma sans le consentement du gérant et pour l'avoir ensuite diffusé sur internet, l'accusé a dû effectuer cent heures de travaux d'intérêt général[318]. Si ces peines ont le mérite d'être individualisées et de prendre en compte la situation du délinquant, elles ne paraissent pas dissuasives. Dans l'affaire *M (J.P)* de 1996[319], le défendeur, s'est vu imposer une peine de 18 mois de probation et 150 heures de travaux d'intérêt général pour avoir téléchargé des logiciels dans un babillard électronique et avoir permis à d'autres utilisateurs de les télécharger. Cela participe au manque d'effectivité des sanctions pénales.

En France, il appert également que le juge pénal est clément vis-à-vis des cybercontrefacteurs[320]. Les sénateurs Yung et Béteille rapportent la grande timidité des juges pénaux vis-à-vis de la « contrefaçon ordinaire » se déroulant sur internet[321]. Par exemple, le tribunal correctionnel de Nanterre a condamné en 2009 des personnes impliquées dans la contrefaçon diffusée sur internet du film « Les Bronzés 3 » à une peine d'un mois de prison avec sursis mais pas d'amende, et à verser solidairement 15.000 euros de dommages à l'éditeur du DVD qui estimait son préjudice à 13 millions d'euros. Quant aux acteurs, ils n'ont obtenu qu'un euro symbolique, alors que certains d'entre eux réclamaient un million d'euros de

[315] *Ibid.*
[316] *Ibid.* para13.
[317] *Ibid.* para 17.
[318] *Ibid.* para 18.
[319] *Supra* note 310.
[320] Pour de nombreux exemples de clémence du juge, voir : Pierre Sirinelli, Chronique de jurisprudence, [2012] 231 RIDA 185, à la p 207.
[321] Laurent Béteille et Richard Yung, *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007*, Rapport d'information n° 296 (2010-2011), déposé le 9 février 2011.

dommages et intérêts[322]. Le Tribunal de Grande Instance de Bayonne a, le 15 novembre 2005, condamné le prévenu à une amende de 750€ pour la mise à disposition de près de 1500 phonogrammes dans le cadre d'un réseau pair-à-pair[323]. C'est peu. De façon plus récente, des personnes ayant contrefait un site internet se sont vues condamnées à des peines d'emprisonnement avec sursis, la Cour d'appel ayant réformé les peines d'amendes prévues par le Tribunal[324]. Il faut cependant noter un jugement plus sévère du Tribunal de Grande Instance de Paris, du 2 avril 2015[325] dont l'appel ne concerne pas les poursuites pénales. Dans cette affaire, le prévenu a été reconnu coupable pour les multiples faits de reproduction, représentation ou diffusion par quelque moyen que ce soit et notamment par des sites internet, des œuvres de l'esprit, à savoir : musiques, vidéogrammes, phonogrammes, logiciels contrefaits en violation des droits des auteurs. De plus, il a été reconnu coupable de mise à disposition du public ainsi qu'à l'importation de ces mêmes œuvres sur son site internet. Ces contrefaçons ont eu lieu de 2007 à 2011. De fait, il a été condamné à un emprisonnement d'un an, sans sursis, ainsi qu'à une amende de vingt mille euros. Cette sévérité se comprend au vu de l'ampleur de la contrefaçon, à échelle commerciale, réalisée par le prévenu.

A l'instar du Canada, il est également réprimé, en France, l'enregistrement d'œuvres cinématographiques dans les salles de cinéma. Le juge pénal français se montre néanmoins plus sévère que le juge canadien, puisqu'en septembre 2012, cinq personnes ont été condamnées à des peines allant d'un à six mois d'emprisonnement avec sursis pour la diffusion de ces œuvres sur des sites dédiés au téléchargement illégal[326]. Seul le montant des dommages et intérêts parait sévère – plus d'un million d'euros – car ces faits de contrefaçon ont été commis en bande organisée. De la même manière, un prévenu ayant enregistré dans une salle de cinéma puis diffusé sur internet vingt-sept films a été condamné à neuf mois d'emprisonnement avec sursis[327].

Concernant l'infraction de l'article L335-2-1 du CPI, dans l'affaire Radioblog[328], les personnes ont été condamnées à neuf mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à une amende délictuelle de 10 000€. La sanction est un peu plus sévère. Néanmoins, dans l'affaire

[322] TGI Nanterre, 15e ch., 12 février 2009/ TF1, SEV et autres / Cédric P. et autres.
[323] TGI Bayonne, 15 novembre 2005, *Propr. Intell.*, 2006, p. 176, obs. Lucas.
[324] CA Montpellier, 3e ch. correct., 13 avril 2016, J. B., C.L., le ministère public / Le Partenaire Européen. Disponible à cette adresse : https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-montpellier-3eme-ch-correct-arret-du-13-avril-2016/
[325] https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-ch-13-arret-du-7-juin-2017/
[326] T. corr. Paris, 31e ch., 26 sept. 2012.
[327] T. corr. Dax, 12 janvier 2012.
[328] Cass. crim., 25 sept. 2012, Radioblog, *supra* note 206.

du 31 mars 2017, le prévenu n'a été condamné qu'à un emprisonnement de six mois avec sursis, sans amende.

Enfin, il faut également relever les sanctions pénales qui ont pu être prononcées par le juge en cas d'ultime étape de la réponse graduée d'Hadopi. Depuis 2010, 268 sanctions pénales ont été prononcées soit sur le fondement de la contravention de négligence caractérisée, soit, plus rarement, sur le fondement du délit de contrefaçon. Des peines d'amende allant de 50 à 1000 euros ont été prononcées, en fonction de la situation de la personne poursuivie. Le juge pénal se montre encore une fois clément, il faut noter que les personnes dont le dossier est envoyé au parquet par l'Hadopi sont multirécidivistes. De plus, la mesure « phare » des lois Hadopis, consistant en la suspension de l'accès à internet, pour un maximum d'un mois concernant la contravention de négligence caractérisée, n'a été prononcée qu'une seule fois[329], pour ensuite être supprimée[330]. Toutefois, et cela est un peu confus, l'article L. 337-5-1 du CPI continue d'en faire mention. Le décret ne l'a simplement pas été modifié en conséquence, le dispositif reste bien supprimé[331]. La faiblesse d'Hadopi est d'autant plus remarquable que celle-ci ne vise à sanctionner que les internautes utilisant les logiciels pair-à-pair[332].

Au demeurant, certains jugements correctionnels paraissent sévères et impliquent la fermeture de site internet permettant la diffusion d'œuvres contrefaites. Même quand les sanctions sont sévères, il est difficile de les appliquer du fait des caractéristiques d'internet. C'est le cas, aux États-Unis, de la fermeture de Megaupload. Elle n'a pas, pour autant, diminué le nombre de contenus illicites au regard du droit d'auteur car ces contenus étaient disponibles sur d'autres sites internet et de nouveaux sites illégaux ont émergé[333]. C'est également le cas, en Suède, avec la fermeture du site the Pirate Bay. Le tribunal de Stockholm[334] avait condamné quatre de ses représentants à une année de prison ainsi qu'à 2,7 millions d'euros de dommages et intérêts pour complicité de contrefaçon. Cela n'a pas empêché la réouverture du site. De la même façon, en France, la gendarmerie nationale avait

[329] T. pol., Montreuil, 3 juin 2013, Min. publ. et la hadopi c/ M.X.
[330] D. nº 2013- 596, 8 juill. 2013, « supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331- 21 du code de la propriété intellectuelle ».
[331] Frédéric Pollaud-Dulian, « HADOPI. Suspension d'accès à Internet » [2013] RTD com. 737.
[332] Frédérique Chopin, « Téléchargement illégal et Hadopi » [2012] 5 AJ Pénal 258.
[333] Aleksandra Kuczerawy, *Private Enforcement of Public Policies: Freedom of Expression in the Era of Online Gatekeeping*, these, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, Belgium, 2016 ; https://www.law.kuleuven.be/apps/citip/en/overview/showProject/268/
[334] Stockholms Tingsrätt, 17 avr. 2009, aff. n° B 13301-06.

fermé, le 28 novembre 2016, le site Zone Téléchargement[335], un des plus gros sites de téléchargement illégal direct d'œuvres sur internet. Bien qu'étant remis en liberté sous contrôle judiciaire après une période de détention provisoire, les administrateurs du site restent mis en examen pour contrefaçon en bande organisée, blanchiment d'argent et travail dissimulé[336]. Ils risquent donc des sanctions pénales à l'issue de la procédure judiciaire. Cependant, malgré ces risques, le site – quelques jours après sa fermeture – est de nouveau accessible avec un important répertoire de lien permettant le téléchargement illégal d'œuvre de l'esprit[337]. Les sanctions pénales, mêmes lorsqu'elles sont prononcées, apparaissent bien peu effectives.

Par conséquent, il est possible de constater que les sanctions pénales, en matière de contrefaçon d'œuvres de l'esprit sur internet, manquent d'effectivité pour plusieurs raisons. En effet, bien que les lois régissant ces sanctions puissent être considérées comme connues du grand public, elles manquent de clarté, que ce soit au Canada ou en France. Ces sanctions pénales manquent également de légitimité lorsqu'il s'agit de réprimer des particuliers s'adonnant à de la contrefaçon en ligne lorsqu'au but lucratif ne les motive. Enfin, les sanctions pénales manquent cruellement d'effectivité s'agissant de leurs mises en œuvre. Le juge pénal est très peu saisi – d'autant plus au Canada – et les sanctions pénales prononcées sont souvent faibles, ce qui ne leur permet pas d'être dissuasives et donc effectives. La lutte contre la contrefaçon sur internet « est une chimère »[338]. Le constat est sans appel : le système réprimant pénalement la contrefaçon sur internet nécessite d'être repensé.

[335] Rudy Fievet, « Contrefaçon - Lutte - La Sacem et l'hydre » [2017] 42 JAC 13.
[336] Source : http://www.numerama.com/politique/240626-zone-telechargement-les-administrateurs-ont-ete-liberes-apres-3-mois-de-detention-provisoire.html
[337] À ce jour, il est disponible sur : https://www.zone-telechargement.ws/, consulté le 21 juillet 2017.
[338] Pierre Yves Gauthier, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle » [2015] 54 Propr. Intel. 10.

II. La nécessaire réadaptation des sanctions pénales à la contrefaçon en ligne

Ainsi que le note M. Geiger, l'expérience découlant des dernières années nous permet de nous interroger sur la pertinence d'augmenter la protection du droit d'auteur par le renforcement de l'application du droit et notamment du droit pénal. La mesure de suspension à internet, en France, ainsi que la surveillance des activités des internautes sur internet qui en découle, ajoute à la crise de légitimité dont souffre le droit d'auteur sur les réseaux. Le système ainsi mis en place est vu comme principalement répressif et dont les justifications sont sans cesse contestées par le public. En outre, le système actuel des sanctions pénales applicables aux actes de contrefaçons en ligne apparait bien peu effectif. En conséquence, il est impératif de repenser le droit pénal, et a fortiori ses sanctions, applicables pour les violations du droit d'auteur sur internet (A). De telles violations peuvent être réalisées tant à des fins lucratives qu'à des fins personnelles. S'agissant de ces dernières, il apparait opportun d'imaginer un système alternatif aux sanctions pénales (B).

A. Repenser le droit pénal de la contrefaçon sur internet

Les sanctions pénales applicables à la contrefaçon ayant lieu en ligne apparaissent donc ineffectives. Cela nécessite impérativement de repenser et redéfinir le droit pénal applicable à la contrefaçon sur internet. En premier lieu, il convient d'admettre que le mécanisme des sanctions pénales doit être amélioré (1). En second lieu, il serait temps d'adapter les sanctions pénales au degré de gravité de l'acte de contrefaçon (2).

1. L'amélioration du système des sanctions pénales

L'action en contrefaçon est, bien entendue, pénale mais elle est également une action civile. Dans ce dernier cas, les ayants-droit lésés dans leur droit ne peuvent pas obtenir des peines publiques. Les sanctions pénales étant un message fort envoyé à la société civile, et actuellement controversées s'agissant des contrefaçons réalisées sur internet, il apparait que leur prononcé doit être perfectionné grâce au phénomène d'internormativité (a), dans le sens où le droit pénal peut influencer le droit civil. En effet, l'effet dissuasif attribué traditionnellement aux sanctions pénales peut être obtenu par d'autres moyens, notamment par des dommages-intérêts de caractère répressif. Enfin, les sanctions pénales applicables à la contrefaçon sur internet étant difficilement applicables selon les acteurs, elles peuvent s'effacer au profit de la soft law (b).

a. La complémentarité des approches civiles et pénales.

S'il a déjà été proposé, au Canada, de supprimer purement et simplement les sanctions pénales applicables aux cas de violation du droit d'auteur[339] pour ne laisser que des sanctions civiles, nous ne pensons pas qu'une telle solution – pour le moins extrême – soit bénéfique afin de lutter contre la contrefaçon sur internet.

Certains auteurs font valoir que l'application de sanctions pénales doit être limitée à certains cas[340]. Ils notent que : « criminal copyright enforcement should be limited to circumstances where there is evidence that civil litigation will be futile. »[341]. Ainsi, ils préconisent d'appliquer le droit pénal lorsque des personnes continuent à violer le droit d'auteur sur internet à des fins lucratives après avoir déjà été condamnées à des sanctions civiles et qu'il y a récidives. Plus encore, de telles sanctions doivent être appliquées aux services, qui, volontairement et de façon flagrante, ne respectent pas le droit d'auteur sur internet. Pour ces derniers, les sanctions pénales effectives peuvent être la seule approche effective[342]. Toutefois, les peines d'emprisonnement étant rarement prononcées, l'effet dissuasif décroit. Ainsi, le juge pénal peut être une garantie à l'exécution d'une sanction civile, s'il intervient en cas de non-exécution de cette dernière[343].

De fait, le juge pénal doit intervenir, mais surtout comme support aux autres actions d'autant que la voie pénale confère de nombreux avantages notamment s'agissant de contentieux internationaux – ce qui est souvent le cas en matière de contrefaçon sur internet. En conséquence, lorsque le juge pénal intervient, il doit être formé aux problématiques de contrefaçon sur internet et doit attribuer de vrais dommages et intérêts lorsque la victime en fait la demande. Il faut donc améliorer les conditions dans lesquelles le juge pénal peut intervenir pour connaître ces litiges. Une spécialisation des juridictions pénales est souhaitable concernant les contentieux de contrefaçon, que ce soit en ligne ou dans le monde réel afin de mieux appliquer la loi. Il a donc été proposé de spécialiser quatre ou cinq

[339] A. A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour la révision de la loi*, Ministre des approvisionnements et services Canada, avril 1977.
[340] Benton Martin et Jeremiah. Newhall, « Criminal copyright enforcement against fileshargin services", (2013) 15 :1 N.C. J.L & TECH. 101.
[341] *Ibid.* à la p 141.
[342] *Ibid.* à la p 143.
[343] David Lefranc, « Historical perspective on criminal enforcement », dans Christophe Geiger, dir, *Criminal enforcement of Interllectual Property. A Handbook of contemporary Research*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2012.

tribunaux correctionnels, exclusivement compétents pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits simples de contrefaçon[344].

Par ailleurs, puisque le juge pénal n'est que rarement choisi en cas de contrefaçon sur internet, il faut alors améliorer les sanctions ordonnées en matière civile. Le phénomène de perméabilité entre ces matières devient intéressant. Depuis la loi du 29 octobre 2007, il est possible de retrouver, en France, une « peine privée », qui se rapproche des caractéristiques du droit pénal. La peine privée est la peine qui sanctionne une faute, en tenant compte de la gravité de cette faute, à la demande et dans l'intérêt exclusif de la victime et qui relève du droit civil[345]. Elle peut être définie une « perte infligée à titre de sanction punitive (...) à l'auteur d'agissements frauduleux (...) dont le profit va à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi »[346]. Pierre Yves Gauthier considère que les juges doivent également s'imprégner de la peine privée dans le prononcé des dommages-intérêts car l'aspect punitif de la réparation est net[347].Ainsi, l'article L331-1-3 du CPI prévoit désormais que pour fixer le montant des dommages et intérêts, le juge doit prendre en compte les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte ou il peut également allouer une somme forfaitaire « supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ». Une grande partie de la doctrine considère que ces dispositions sont la consécration de la peine privée en matière de contrefaçon[348]. Le dépassement possible du préjudice dans les dommages et intérêts accordés à la victime par le juge constitue un instrument de sanction, répondant à une volonté punitive et dissuasive[349]. Cela répond donc aux caractères traditionnels des sanctions pénales.

Les dommages et intérêts punitifs, tout comme les dommages et intérêts « exemplaires », ainsi que forfaitaires appelés « préétablis » dont les plafonds dépendent du but commercial et non de l'atteinte, sont des mécanismes déjà appliqués en droit d'auteur canadien[350], ce qui pourrait expliquer pourquoi le juge civil est presque exclusivement saisi

[344] Béteille et Yung, *supra* note 321, à la p 53.
[345] Emmanuel Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée » [2009] 43 JCP G doctr. 201.
[346] Axel Saint Martin, « Radioblog – peine privée pour contrefaçon » [2009] 53 RLDI.
[347] Gauthier, *supra* note 163, para 792.
[348] Dans ce sens : Christian Derambure, « Premiers commentaires sur la « loi contrefaçon » du 29 octobre 2007 » [2007] 32 RLDI nº 1090 ; Christophe Caron, « La loi du 29 octobre 2007, dite de « lutte contre la contrefaçon » » [2007] JCP G I 205 ; Mandel O., « Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon » [2009] 4 *Propr. industr.*, étude 4, spec. nº 38.
[349] Le Goffic et Wagner, *supra* note 160.
[350] Articles 35 et suivant de la LDA.

des litiges relatifs aux violations du droit d'auteur. Ainsi, un juge canadien reconnait qu'il faut punir la violation du droit d'auteur par l'octroi de dommages-intérêts, même si le contrefacteur n'a tiré aucun profit de cette violation[351]. Il en va de même pour les dommages exemplaires, servant également à « dissuader » le contrefacteur[352]. Il s'agit là des fonctions de la peine pénale.

b. Le retrait des sanctions pénales au profit de la soft law.

En dépit de tous les mécanismes de sanctions pénales applicables à la cybercontrefaçon, cette dernière a crû de manière exponentielle et les sanctions pénales apparaissent ineffectives. Dans ce contexte, il apparait nécessaire de faire intervenir tous les acteurs du secteur de l'internet et de la culture afin de lutter contre ce type de contrefaçon. Rappelons ici qu'un intermédiaire technique de l'internet, un hébergeur notamment, bénéficie en France d'une responsabilité pénale allégée en vertu de la LCEN. Il en va de même au Canada aux termes de la Loi sur le droit d'auteur. Les intermédiaires de l'internet bénéficiant d'un régime de faveur concernant les sanctions pénales, il appert que la voie de la soft law, du droit souple, ou encore du droit négocié, c'est-à-dire un droit négocié dans son élaboration, est un remède efficace. Le droit souple se décline effectivement en droit flou, c'est-à-dire peu précis, en droit doux, c'est-à-dire en droit peu obligatoire ou encore en droit mou, droit peu ou prou sanctionné[353]. Ce type de droit n'est pas sans intérêt et il ne faut pas le mésestimer, comme l'affirme C. Thibierge[354], un droit doux sans obligation ne veut pas dire un droit non respecté et un droit sans sanction ne s'assimile pas à sans effets. Sa force normative est tirée de sa codétermination par le juge et les destinataires. Dès lors, le droit doux invite ou recommande et est souvent garant d'une meilleure réception puisqu'il s'agit d'un droit par adhésion. De même, le droit mou n'a certes pas de sanction juridique prévue mais il n'est pas pour autant sans conséquence.

Les intermédiaires de l'internet peuvent constituer un moyen efficace pour faire appliquer le droit[355] à travers l'élaboration d'un droit négocié, que l'on retrouve de plus en plus dans le droit de la propriété littéraire et artistique[356]. Un auteur affirme donc que « Les

[351] *Therrien c. Schola inc.*, 1981, n° T-84-80 (C.F)
[352] *Profekta International Inc c. Lee*, (1997), 75 C.P.R. (3d) 369 (C.A.F.).
[353] Catherine Thibierge, « Le droit souple » [2003] RTD civ. 599.
[354] *Ibid.*
[355] Yohan Benizri, « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet » (2008) 53 McGill, L.J 375.
[356] Valérie Varnerot, « La propriété littéraire et artistique en réseau » [2013] 3 CCE.

gouvernements devraient encourager les intermédiaires à faire appliquer le droit dès qu'ils en ont la possibilité et indépendamment de leur participation aux activités incriminées »[357]. Il préconise ainsi une forme de corégulation pour lutter contre la contrefaçon en ligne. Le terme de corégulation est issu du rapport du Conseil d'État de 1998 sur internet et les réseaux numériques. L'objectif de cette dernière est de dégager un consensus sur la légitimité du droit applicable et trouver un terrain d'entente sur cette applicabilité. La Commission européenne s'est également appropriée ce terme, en le définissant comme l'association de mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique[358]. L'effet d'une telle régulation conduit alors à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes. C'est parce que la réglementation prend en compte les intérêts des acteurs que ces derniers participent à l'efficacité de la norme.

Ainsi, la corégulation, à travers la soft law, peut permettre d'endiguer la contrefaçon en ligne sans avoir recours aux sanctions pénales. En effet, puisque les acteurs de l'internet auront négocié avec les acteurs de l'industrie culturelle, ils seront plus enclins à appliquer la réglementation en découlant, d'autant plus que leur de responsabilité pénale est allégée. Cette recherche de consensus dans l'élaboration conditionne alors l'effectivité de la loi[359]. C'est ce qu'il s'est passé avec les intermédiaires techniques au Canada. Lors de la loi de modernisation du droit d'auteur, il a été légalisé la procédure d'avis. Celle-ci était déjà utilisée, de façon volontaire, par les fournisseurs d'accès à internet. Lorsqu'un ayant droit en faisait la demande, l'intermédiaire technique transmettait l'avis de prétendue violation du droit d'auteur à l'abonné. Il s'agit d'une véritable corégulation puisque, lors des débats concernant la loi de modernisation du droit d'auteur, de tels fournisseurs ont expliqué, devant les députés, qu'il était préférable de choisir la procédure d'avis plutôt que la procédure d'avis et de retrait en faisant état de son efficacité. La procédure d'avis a donc été adoptée. Il faut toutefois noter que si un fournisseur d'accès ne coopère pas avec l'ayant-droit, il s'expose à des dommages et intérêts.

La voie du droit souple a également été choisie en France afin d'encourager le dialogue entre les acteurs concernés dans le but de tarir l'offre et la distribution de produits

[357] Benizri, *supra* note 355.
[358] Commission Européenne, *Livre blanc sur la Gouvernance Européenne*, Bruxelles, 2001, p. 25.
[359] Lê-My Duong, « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau » [2010] 13 D. 783.

contrefaisants sur internet grâce à l'implication des intermédiaires techniques[360]. Elle découle du niveau Européen par l'unité « Lutte contre la contrefaçon et le piratage » de la Commission européenne dont l'approche consiste à « frapper au portefeuille » les sites massivement contrefaisants. Ces sites tirent profit des bandeaux publicitaires et proposent souvent aux internautes des abonnements permettant d'éliminer la publicité des œuvres qu'il visionne. Ces abonnements nécessitent souvent l'utilisation d'un service de paiement en ligne[361]. Plusieurs rapports ont ainsi préconisé la signature de charte entre les intermédiaires de paiements et des acteurs de la publicité en ligne pour lutter contre les contrefaçons de droit d'auteur commises à grande échelle sur internet[362]. Cette démarche s'est concrétisée en mars 2015 par la signature, au ministère de la Culture et de la communication, de la Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins[363] entre les représentants des ayants-droit (pour la musique, les logiciels, jeux vidéo, etc.) et ceux du monde de la publicité. Cette charte vise un partage d'information entre les parties prenantes en vue d'exclure les sites « contrevenants » des relations commerciales. Les grandes enseignes n'ont pas d'intérêts, en termes d'image, à apparaitre sur ces sites et leur disparition entraine une perte de revenus pour ces derniers. Dès lors, en asséchant les revenus des sites qui tirent profit de la contrefaçon d'œuvres de l'esprit, ces sites ne seront plus viables financièrement ce qui permet de tarir l'offre de contrefaçon. Le gouvernement canadien a également examiné la possibilité et l'opportunité de mettre œuvre cette approche[364]. Selon le rapport[365], l'approche « Follow the money » peut participer à la lutte contre la contrefaçon commerciale, mais ne peut, à elle seule, l'éradiquer. Cette approche suppose de caractériser l'illicéité d'un site, de telle sorte que la lutte contre ces sites implique l'engagement de ressources importantes. Le rapport propose donc que le gouvernement soutienne les ayants-droit à cet égard. Ces travaux étant rendus publics en novembre 2016, seul l'avenir nous dira quel sera le choix du gouvernement canadien. Nous ne pouvons que l'encourager dans cette voie.

[360] Alexandra Bensamoun, « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne » [2016] Dalloz IP/IT 182.
[361] M. Imbert-Quaretta, Rapport sur les outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne, mai 2014, à la p 5.
[362] *Ibid. ;* P. Lescure, *supra* note 298.
[363] La charte est disponible à cette adresse : http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/Charte-des-bonnes-pratiques-dans-la-publicite-pour-le-respect-du-droit-d-auteur-et-des-droits-voisins
[364] Rapport, « Examination of the «follow-the-money» approach to copyright piracy reduction », Prepared by Circum Network Inc. for Canadian Heritage, avril 2016.
[365] Disponible à cette adresse : http://canada.pch.gc.ca/eng/1479403156135#a4

2. L'application des sanctions pénales en fonction des actes de contrefaçon commis sur internet

La contrefaçon, qu'elle soit réalisée sur les réseaux ou dans le monde réel, est sanctionnée pénalement de manière unitaire tout en mettant en jeu des intérêts économiques différents[366]. Sur internet, elle peut être le fait d'une criminalité organisée, lorsque plusieurs personnes montent un site internet permettant le téléchargement ou le streaming illégal d'œuvres de l'esprit, ces derniers actes pouvant également être le fait d'un seul contrefacteur. Mais cette contrefaçon peut tout autant être le fait du public, les internautes étant devenus eux-mêmes contrefacteurs en s'adonnant aux joies du téléchargement illégal ou du streaming illégal à des fins privées. Prenant en compte cette diversité d'actes de contrefaçons sur internet, tant les législateurs français et canadiens essaient d'adapter la sanction pénale à la mesure du phénomène. Le législateur français est proactif s'agissant de cette adaptation, sans succès réel. Rappelons, en effet, que lorsque le législateur a tenté de graduer la sanction pénale en fonction des faits. Le projet de loi DADVSI prévoyait une sanction pénale allégée en contraventionnalisant les échanges d'œuvres par le pair-à-pair sur internet. Le Conseil Constitutionnel l'a censuré estimant qu'il y avait rupture d'égalité devant la loi pénale car les particularités des réseaux pair-à-pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement. Bon gré mal gré, il est réintervenu à l'occasion des lois Hadopi afin de sanctionner, par une contravention de cinquième classe prononcée par un juge pénal en ultime recours, l'internaute qui ne sécurise pas sa ligne internet servant à télécharger des œuvres. Il n'est pas certain que ces lois soient un succès, leur effectivité étant plus qu'incertaine.

De fait, plutôt que continuer à « raisonner en termes de tout ou rien (répression ou absence de répression) »[367], il est préférable de considérer les deux agissements : la contrefaçon sur internet à but lucratif et la contrefaçon réalisée par un particulier, sur internet, mais à des fins privées. Cette différenciation est justifiée si l'on considère l'impact sociétal des agissements en cause[368] et pourrait faire l'objet d'une meilleure acceptation sociale. Si acceptation sociale il y a, une meilleure effectivité des sanctions pénales sera également présente. Ainsi, « seule une lecture formelle des textes fait juger, dans une perception totalement abstraite des choses, qu'inonder le marché de jeux vidéo contrefaits (quand, bien pire, dans le domaine du brevet il ne s'agit pas de médicaments contrefaits) et écouter sans

[366] Vivant et Bruguière, *supra* note 14, para 1035.
[367] Michel Vivant, « Au-delà de l'Hadopi : penser la contrefaçon » [2009] 51 RLDI 3.
[368] *Ibid.*

droits une musique, doivent être stigmatisés dans les mêmes termes »[369]. En effet, en théorie, un utilisateur qui télécharge à des fins privées, nonobstant la procédure Hadopi, encourt la sanction de 300 000€ d'amende et trois ans d'emprisonnement en France. C'est la même sanction qu'une personne gérant un site dont l'activité est de contrefaire sur internet des œuvres et cela parait disproportionné, quand bien même il revient au juge de choisir la sanction la plus appropriée.

Ainsi que le note E. Dreyer, « pour rester crédible, la loi pénale doit être mesurée »[370]. Celui-ci ajoute, pour prendre en compte l'exigence de proportionnalité en matière pénale, que seul le caractère domestique de l'acte qui s'apparente à une contrefaçon sur internet. Il propose même une réponse pénale en trois temps :

> la contrefaçon commerciale resterait le délit sévèrement réprimé que l'on connaît ; la contrefaçon non commerciale à dimension collective constituerait un délit moindre dès lors qu'elle procéderait d'une inaction après un premier avertissement ; enfin, la contrefaçon non commerciale à dimension individuelle ou collective mais sans avertissement serait punie de l'amende fulminée pour les contraventions de la cinquième classe[371].

Il n'est pas illogique d'intégrer des sanctions pénales graduées concernant les actes de contrefaçons sur internet d'autant plus que de nombreux droits civils font déjà l'objet de sanctions pénales graduées, c'est le cas des atteintes à l'intégrité physique ou des atteintes à la propriété[372]. Cette logique a déjà intégré le droit d'auteur en matière de mesures techniques de protection dont la réponse pénale s'effectue en deux temps. Par ailleurs, le droit pénal est un droit qui évolue en fonction des mœurs de la société. Une sociologue[373] a démontré que si le téléchargement est bien perçu comme illégal, il n'est pas étiqueté comme déviant par l'entourage dans un contexte social plus vaste. Les personnes interrogées, lors de l'étude, ne se considèrent pas comme « pirates » en raison du caractère modéré de leurs pratiques, de sa finalité strictement personnelle ou dépourvue de toute intention lucrative. Ce constat invite donc à tenir compte des différentes pratiques sur internet pour graduer les sanctions pénales applicables.

---

[369] Michel Vivant, « « Internet, piratage et contrefaçon », Trois questions à M. Vivant » [2009] D. nº 26, Entretien.
[370] Emmanuel Dreyer, « Pour une contraventionnalisation des échanges de pair à pair » [2007] RSC 57.
[371] *Ibid.*
[372] Dreyer, « Les nouvelles incriminations », *supra* note 253.
[373] Karine Roudault, « La consommation et le partage illégal de biens culturels : l'exemple du téléchargement, une pratique sanctionnée par le droit, une activité courante normale », citée par P. Lescure, *supra* note 298, à la p 350.

Selon les Professeurs Lucas, une solution pourrait être de redéfinir le droit pénal de la contrefaçon comme l'atteinte au droit exclusif de l'auteur faite à échelle commerciale[374]. Ainsi les sanctions pénales de la contrefaçon, de droit commun, devraient être réservées aux actes de contrefaçons sur internet perpétrés à des buts commerciaux. Les actes violant le droit d'auteur sur internet, mais à des fins personnelles, devraient pouvoir faire l'objet de sanctions pénales plus douces, ou alternatives. Ainsi, puisque les agissements sont différents, le reproche du Conseil constitutionnel de traiter différemment des situations semblables tombe : les situations sont différentes et doivent être traitées de manière différente[375]. Au Canada, il semblerait qu'une telle solution soit déjà mise en place puisque les recours criminels sont ouverts notamment aux infractions ayant des fins lucratives[376].

Une telle discrimination dans les actes de violation du droit d'auteur sur internet respecterait les préceptes posés par la Convention de Budapest sur la Cybercriminalité de 2001 dont l'article 10 impose aux États membres de prévoir des sanctions pénales pour la violation du droit d'auteur commise délibérément, à une échelle commerciale et au moyen d'un système informatique. De même, l'article 61 des ADPIC impose aux États membres de sanctionner pénalement les actes de piratage délibéré portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Cette même discrimination avait été opérée lors de la proposition de directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, le Parlement ayant exclu les actes accomplis par les usagers privés à des fins personnelles et non lucratives. Reste que la notion d'échelle commerciale ou d'acte commis à un but lucratif peut paraitre, au premier abord, assez vague. Pour la définir, il est possible de s'appuyer sur une décision du panel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui avait tenté d'interpréter cette notion[377]. Il en ressort que c'est l'agissement d'une certaine gravité qui doit être sanctionné, cette interprétation dépendant du produit et du marché en cause[378]. Le rapport ajoute que la contrefaçon à échelle commerciale renvoie à une contrefaçon réalisée à l'ampleur ou au degré qui est celui d'une activité commerciale courante relativement à un produit donné sur un marché donné[379], cette ampleur étant liée à la profitabilité. Cette interprétation est considérée comme trop vague, par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle, pour définir de manière suffisamment précise les

[374]Lucas, *supra* note 12, para 1068.
[375] Vivant, « Internet, piratage et contrefaçon », *supra* note 369.
[376] Nous renvoyons le lecteur à la partie 2 I. A. du mémoire ainsi qu'à l'article 42(1) de la LDA.
[377] Panel OMC, « China – Measures affecting the protection and enforcement of Intellectual Property Rights », 26 janvier 2009.
[378] *Ibid*, point 7.576
[379] *Ibid*, point 7. 577

éléments du délit. Il propose donc des critères plus restrictifs, notamment « la nécessité d'une intention de réaliser des profits »[380].

Cette notion d'échelle commerciale permet en conséquence de distinguer la contrefaçon professionnelle, qui peut être réalisée sur internet, de la contrefaçon commise par des particuliers. Il est aujourd'hui opportun d'adopter une approche différenciée en matière de sanctions pénales[381]. Ces sanctions doivent être réservées aux agissements qui ont de lourdes conséquences économiques et sociales[382]. Rappelons que si le droit pénal protège le droit d'auteur, c'est en raison de l'intérêt que la société a pour celui-ci afin d'encourager l'innovation et la culture. Dès lors, une personne qui commet des actes de contrefaçon à des fins lucratives sur internet est plus susceptible de porter atteinte aux intérêts de la société qu'une personne qui agit à des fins personnels en téléchargeant une œuvre. Nous rejoignons D. Lefranc lorsqu'il affirme qu'une telle scission de la contrefaçon est inéluctable[383], et que « seul principe d'une scission de la contrefaçon permettra de sauvegarder durablement la cohérence du droit d'auteur, parce que ce principe est respectueux de la réalité. »[384]. Cette différenciation est nécessaire pour lutter de manière efficace contre la contrefaçon en ligne. Au demeurant, il est certain que la contrefaçon commise à titre personnel sur les réseaux et à une échelle non commerciale ne doit pas être punie d'une peine d'emprisonnement[385].

En définitive, les foudres des sanctions pénales applicables au délit de contrefaçon réalisé sur internet ne devraient avoir à s'abattre que pour les personnes exerçant une activité commerciale de ce délit et en en tirant profit. Concernant les violations du droit d'auteur sur internet réalisées par des particuliers à des fins personnelles, des alternatives sont envisageables.

---

[380] Christophe Geiger, « Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en oeuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des oeuvres sur Internet » dans Christophe Geiger et Caroline Roada, dir, Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, LexisNexis - CEIPI, 2014.
[381] Michel Vivant et Christophe Geiger, « Autre Regard » [2010] Propr. Intell. 747.
[382] *Ibid.*
[383] Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur », *supra* note 32.
[384] *Ibid.*
[385] David Lefranc, « Téléchargement illégal : que faire ? » [2009] 102 Gaz. Pal. 2.

B. Les alternatives aux sanctions pénales concernant les contrefaçons sur internet par des particuliers.

Puisqu'il est acquis que les sanctions pénales ne doivent être réservées qu'aux personnes faisant de la contrefaçon sur internet à échelle commerciale, il faut désormais envisager des solutions concernant l'utilisation massive et non autorisée des œuvres sur internet par des particuliers. Le public est effectivement un nouvel acteur de la contrefaçon d'œuvres de l'esprit sur internet puisqu'il participe à la mise à disposition des œuvres de l'esprit sans l'autorisation des ayants-droit ou parce qu'il télécharge, ou regarde en streaming, de façon illégale des œuvres. L'échec des options répressives concernant ces derniers conduit à envisager des solutions alternatives à envisager. Classiquement, il s'agit de considérer la dépénalisation des actes réalisés par des particuliers (1), voire leur légalisation (2).

1. La dépénalisation des contrefaçons domestiques sur internet

La dépénalisation est souvent évoquée dans ce contexte[386]. Michel Van de Kerchove relève au moins quatre significations au processus de dépénalisation[387]. La dépénalisation peut être la suppression de toute sanction quelconque. Elle peut également être une substitution à la peine d'une sanction extra pénale, ou d'une sanction pénale plus douce. Enfin, la dépénalisation peut, dans le sens le plus large, être une atténuation ou une suppression de la sanction pénale voire de l'incrimination. Nous examinerons donc la possibilité de dépénaliser « totalement » les actes de contrefaçon réalisés sur internet par des particuliers (a) ainsi que l'assouplissement des sanctions pénales (b).

a. La dépénalisation totale

Pour rappel, plusieurs mécanismes de sanctions pénales existent en France pour lutter contre la contrefaçon en ligne. Ainsi, l'internaute qui télécharge à des fins personnelles ou qui met à disposition par un logiciel de pair à pair des œuvres sans le consentement de l'ayant droit s'expose aux sanctions pénales traditionnelles de la contrefaçon, en sus d'une peine complémentaire de suspension à internet, mais s'expose également à la procédure Hadopi. L'internaute a en effet l'obligation de sécuriser sa ligne internet afin que celle-ci ne serve pas

[386] Geiger, *supra* note 380, ainsi que « Challenges for the enforcement of copyright in the online world: Time for a new approach » dans P. Torremans, dir, *Research Handbook on the Cross-Border Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2014, à la p 704.
[387] Michel Van de Kervoche, « La transgression et la norme. Les différentes formes possibles de retrait de la norme juridique. », *in Droits et sanctions, Etudes juridiques internationales*, Editions L'Harmattan, 2013.

à reproduire, mettre à disposition ou communiquer au public des œuvres. Bien que l'article L336-3 alinéa 2 du CPI dispose que le manquement à cette obligation n'entraine pas la responsabilité pénale du titulaire de l'accès à internet, ce manquement est ouvert aux sanctions pénales. En effet, lorsque l'internaute n'a pas sécurisé sa ligne, à la suite de l'envoi de recommandations par l'Hadopi, il s'expose à la contravention de cinquième classe[388] définie dans le Code pénal. L'effectivité d'un tel système étant mise en doute, la question se pose quant à l'opportunité d'une solution répressive. La dépénalisation totale, dans le sens où aucune sanction pénale ne serait applicable à un internaute qui reproduit pour lui-même une œuvre de façon non légale grâce à internet, ou met à disposition du public sans fin lucrative (et sans autorisation des ayants-droit) apparait être une solution envisageable, d'autant plus qu'elle recevrait l'approbation du public, ce qui n'est pas un facteur négligeable[389].

Dès lors, il est tout à fait concevable de prendre exemple sur les recours criminels prévus au Canada à l'article 42(1) de la LDA. Chaque définition d'une infraction relative au droit d'auteur fait référence au but commercial de l'agissement. De même, chaque infraction mentionne la vente ou la location de l'œuvre, ce qui nécessite, par définition, une participation financière. Ainsi, du fait de la neutralité technologique qui imprègne la LDA, quiconque commet une infraction lorsqu'il met en circulation des exemplaires de l'œuvre sur internet sans l'autorisation des ayants-droit dans un but commercial. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une forme de dépénalisation car aucun n'article n'exclut expressément les personnes agissant à des fins personnelles et non lucratives de tels recours criminels. De plus, on pourrait arguer que la mention « de façon à porter préjudice au titulaire de droit » de l'article 42(1) c), permette d'avoir recours au juge criminel à l'égard d'un internaute agissant à des fins non lucratives. Néanmoins, il n'y a pas de définition de cette mention et de nombreuses questions se posent quant à la preuve de la volonté de porter préjudice au titulaire de droit. Peut-on raisonnablement penser qu'un internaute souhaite porter préjudice à l'ayant-droit lorsqu'il met en circulation des œuvres, par le biais d'un logiciel pair-à-pair, et que cette mise à disposition se fait de façon incidente aux téléchargements ? De plus, cette mise à disposition doit être faite « sciemment », la Couronne doit donc prouver hors de tout doute raisonnable la volonté de l'internaute. Les conditions de l'article 42(1) de la LDA permettent difficilement de poursuivre un internaute. En outre, le téléchargement illégal d'une œuvre de l'esprit, ou le streaming illégal, ne remplit aucune des conditions de cet article.

[388] Article R335-5 CPI.
[389] Geiger, « Challenges for the enforcement of copyright in the online world », *supra* note 386.

Si de tels actes sont dépénalisés, est-ce à dire qu'aucune sanction ne serait applicable ? Nous ne le pensons pas. Un système alternatif consiste en l'application de sanctions administratives ou civiles tendent à assurer l'application de la loi plutôt qu'à réprimer sa violation par l'envoi d'avertissement ou d'injonction de mettre fin au comportement illicite[390], à l'instar du fonctionnement d'Hadopi. Des particuliers peuvent être poursuivis civilement par les ayants-droit, ce qui a le mérite d'ouvrir la voie à des dommages-intérêts pour les indemniser. Toutefois, la solution, pour dissuader les internautes délinquants, peut se trouver du côté de l'administration par l'envoi d'amende administrative afin de continuer à dissuader les internautes de réaliser des violations du droit d'auteur sur le réseau. C'est la Chine qui, à côté de la procédure judiciaire, a institué une procédure administrative relativement à la protection du droit d'auteur. Selon la législation chinoise, les infractions au droit d'auteur qui n'ont pas causé de dommages importants ne sont pas sujettes à des sanctions pénales mais sont régies par le droit civil. C'est l'administration relevant du droit d'auteur qui peut sanctionner de telles infractions, lorsque l'intérêt public est en cause[391]. L'administration pertinente peut appliquer la loi pour enquêter sur des actes enfreignant le droit d'auteur et peut poursuivre quiconque commet des infractions au droit d'auteur afin de sauvegarder les intérêts de celui-ci[392]. Ainsi, les législateurs chinois considèrent qu'une protection administrative est nécessaire, au même titre qu'une protection pénale, pour sauvegarder l'ordre socio-économique. Une telle protection confère également l'avantage de la rapidité : un cas de contrefaçon sur internet a pu être réglé en moins de deux semaines[393]. Dès lors, la procédure administrative joue un rôle important dans la mise en œuvre et le respect du droit d'auteur : elle fournit un service simple, efficient et peu dispendieux pour les titulaires de droit[394].

Les sanctions administratives sont donc envisageables en France, d'autant que le pays dispose déjà d'une autorité administrative indépendante ayant pour mission de protéger le droit d'auteur sur internet. À cet égard, le rapport Lescure[395], préconise de transformer l'amende aujourd'hui applicable pour la négligence caractérisée de l'obligation de

[390] M. Van de Kervoche, *supra* note 387, à la p 27.
[391] Article 47 de la loi chinoise sur le droit d'auteur, citée par Luan Li, « Amdministrative enforcement of copyright law in China : a characteristic deserving of praise or repeal ? », dans Daniel Gervais et Susy Frankel, *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age,* Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2014.
[392] Guan Hong Tang, "Is administrative enforcement the answer? Copyright protection in the digital era" (2010) 26 Computer law & security review 406.
[393] *Ibid.*
[394] *Ibid.*
[395] P. Lescure, *supra* note 298, à la p 379.

surveillance de la ligne internet, pour une sanction administrative. Si la sanction administrative prévue par la loi Hadopi 1 s'était heurtée au Conseil constitutionnel, c'était parce que celui-ci estimait que la peine complémentaire de suspension à internet ne pouvait être prononcée par une autorité administrative. Cette peine ayant été supprimée à l'égard de la négligence caractérisée, une sanction administrative pécuniaire redevient envisageable à condition de respecter le principe de légalité des délits et des peines. Le rapport estime également qu'une telle réforme confèrerait une plus grande souplesse à la procédure de réponse graduée, adaptée à la réalité des faits en cause[396]. Le rapport des sénateurs Hervé et Bouchoux[397] se prononce également pour la solution de l'amende administrative ce qui a pour avantage de maintenir l'actuel système pédagogique[398]. Mais pour se conformer au principe d'égalité, l'Hadopi devrait être compétente pour toutes les atteintes au droit d'auteur réalisées sur internet par un particulier. Ces derniers préconisent la création d'un organe distinct de la commission de protection des droits, baptisée « commission des sanctions » et composée d'un magistrat administratif et de deux juges judiciaires, chargée de prononcer une sanction à l'issue d'une procédure contradictoire avec l'internaute. Un tel système serait plus difficile à mettre en place au Canada, aucune autorité administrative n'existant pour la protection du droit d'auteur. Par ailleurs, pour endiguer le phénomène de contrefaçon en ligne, le choix s'est porté sur une simple procédure d'avis. Il se pourrait également que la mise en place d'une telle sanction contrevienne au « droit des utilisateurs » reconnu par la Cour suprême du Canada[399]. Pierre-Yves Gauthier, quant à lui, n'accorde pas ses faveurs à la dépénalisation qui selon lui « n'encourage pas la responsabilité morale »[400].

b. L'assouplissement des sanctions pénales

La dépénalisation peut aussi se comprendre comme le fait de sanctionner pénalement mais de façon plus douce, une sorte de décriminalisation. Ainsi, les pratiques des internautes « délinquants » lorsqu'ils agissent à des fins personnelles et non lucratives, plutôt que de faire l'objet des sanctions pénales applicables au délit de contrefaçon ou à la négligence caractérisée en ce qui concerne la France, et du potentiel recours criminel canadien, pourrait simplement faire l'objet d'une contravention.

---

[396] *Ibid.*, à la p 381.
[397] Hervé Loïc et Bouchoux Corrine, *Loi Hadopi : totem et tabou*, rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 2015, en ligne : www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-600-notice
[398] *Ibid.*, à la p 94.
[399] *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.
[400] Gauthier, supra note 163, à la p 824.

Nous nous rappellerons ici l'échec de la contraventionnalisation, en France, des échanges illégaux à travers les logiciels de pair-à-pair par la loi DADVSI. Le Conseil constitutionnel avait estimé en 2006 que la reproduction non autorisée ou la communication au public d'œuvres protégées, qu'elles soient réalisées par un service de communication en ligne ou un logiciel de pair-à-pair, sont dans la même situation. En conséquence, il n'y avait pas de justification quant à la différence de traitement entre ces moyens. Prenant note de cette décision, il est tout à fait possible d'envisager une contraventionnalisation des reproductions ou communications au public d'œuvres en ligne, non autorisées, quel que soit le service utilisé par l'internaute. Le seul critère à prendre en compte est celui du caractère non lucratif et personnel d'un tel agissement. Cette contrefaçon, peu importe sa mise en œuvre sur internet, est différente des contrefaçons industrielles, car elle n'emporte pas les mêmes conséquences, ce qui justifie de traiter ces deux situations différentes de façon différente.

Dans le cas où il ne serait pas accepté de totalement dépénaliser ces violations du droit d'auteur sur internet, la contraventionnalisation semble une solution vraisemblable et raisonnable. E. Dreyer explique de façon limpide le principe de la contravention : « C'est une infraction pénale de moindre gravité que les crimes et les délits. Cette qualification remplit une fonction distincte. Il s'agit de punir des comportements qui certes n'ébranlent pas l'ordre public, mais dont la multiplication pourrait remettre en cause les bases de la société. »[401]. À ce titre, il est aisément compréhensible l'intérêt que présente la contravention pour les violations du droit d'auteur sur internet par des particuliers. Une telle violation, prise de façon individuelle, n'ébranle effectivement pas l'ordre public et est sans grande gravité. Toutefois, la masse de ces contrefaçons « domestiques », pratiques banalisées au sein des foyers, peut troubler l'ordre public en ce qu'il affecte la société dans son ensemble. Les auteurs étant moins rémunérés du fait de cette contrefaçon, cela nuit à la création.

Les peines sanctionnant une contravention peuvent se révéler tout aussi dissuasives, voire plus, que les sanctions pénales applicables en matière de contrefaçon. En effet, s'il s'agit d'une contravention de cinquième classe, l'amende est de 1500€, cela a de quoi dissuader un simple internaute qui agit à des fins personnelles, surtout lorsque l'on sait qu'un abonnement à un service légal ne couterait qu'une dizaine d'euros par mois. De même, ce régime des infractions de police permet de réagir plus rapidement.

[401] Dreyer, « Pour une contraventionnalisation », *supra* note 370.

Une contraventionnalisation a de fortes chances de recevoir l'approbation du public. Des sanctions plus réduites mais adaptées à la nature du comportement peuvent être mieux comprises et acceptées par tous, voire être plus dissuasives[402]. En ce sens, selon une étude, les internautes semblent favorables à un système combinant l'envoi de recommandations et d'amendes pour punir le téléchargement illégal, plutôt que des peines d'emprisonnement ou des suspensions à internet[403]. Tel que nous l'avons lors de l'étude de l'effectivité des sanctions pénales, plus une norme est acceptée par ses destinataires, plus elle sera respectée. Il faut alors s'assurer que les sanctions ne deviennent pas purement symboliques mais soient effectivement appliquées. C'est pourquoi, des peines complémentaires telles que des travaux d'intérêt général, des sanctions-réparation paraissent plus adaptées que l'emprisonnement et le juge pénal hésitera moins à les appliquer[404]. Le droit pénal étant rarement utilisé au Canada, la question se pose de savoir si cette forme sanction serait acceptée par le public. La réponse serait certainement négative, tant les recours criminels sont inexistants en matière de contrefaçon sur internet réalisée par un particulier. Cette solution ne peut alors qu'être préconisée pour la France.

En définitive, les violations du droit d'auteur réalisées sur internet, par un internaute, à des fins personnelles et non lucratives, mériteraient soit d'être totalement dépénalisées pour laisser place à des sanctions administratives, soit de faire l'objet d'un assouplissement des sanctions pénales, à travers la contraventionnalisation. Le droit d'auteur sera alors mieux accepté par le public et cela sera susceptible d'enrayer le phénomène de la contrefaçon sur internet.

2. La légalisation

La question qui se pose est la suivante : peut-on aller plus loin que la dépénalisation en matière de violation du droit d'auteur réalisée par un internaute ? Autrement dit, faut-il légaliser ces agissements ?

L'idée n'est pas nouvelle. En décembre 2005, les parlementaires français avaient déjà voté un amendement visant à légaliser les échanges d'œuvres par le pair-à-pair[405]. La licence « globale » permet de présumer l'autorisation de diffuser des œuvres sur internet, éliminant

[402] Bernault, *supra* note 50.
[403] Geiger, « Challenges for the enforcement of copyright in the online world », *supra* note 363.
[404] Bernault, *supra* note 48.
[405] Amendement n° 203, 8 déc. 2005, *supra* note 250.

ainsi toute possibilité de contrefaçon par les internautes, en échange d'une compensation financière[406].Le téléchargement était soumis à une sorte de « licence légale », par analogie avec la copie privée, tandis que la mise à disposition et la communication au public de l'œuvre auraient été soumises à un système de gestion collective[407].

La copie privée permet de reproduire une œuvre protégée sans l'autorisation des ayants droit dans la mesure où cette copie est strictement réservée à l'usage de la personne qui la réalise, à l'exclusion des logiciels et bases de données[408]. L'exception de copie privée, au Canada, est cependant plus restrictive car elle ne s'applique qu'aux phonogrammes[409]. L'exception de copie privée donne droit à une compensation financière par le biais d'une redevance prélevée sur les ventes de supports d'enregistrement[410]. L'exception de copie privée peut difficilement s'appliquer concernant l'acte de téléchargement à partir du moment où la source n'est pas licite[411]. Un arrêt canadien a toutefois reconnu que le téléchargement de musique sur internet relevait de la copie privée[412] et la Commission du droit d'auteur a clairement tranché dans le sens qu'il importait peu que la copie d'origine soit une copie légale[413].

En revanche, la voie de la gestion collective pour la mise à disposition d'œuvres sur internet est envisageable mais il faut noter que la mise en place de ce système est subordonnée à la condition qu'il soit impossible pour les auteurs d'exercer leurs droits individuellement[414]. Une société de gestion collective devient effectivement l'intermédiaire entre les titulaires de droit et les exploitants de l'œuvre, et conserve un pouvoir de négociation des conditions de licence avec les utilisateurs. Les sociétés de gestion ont ensuite la mission de collecter, puis de répartir entre les ayants-droit les rémunérations perçues pour l'utilisation de l'œuvre concernée. Dans un tel contexte, il faut préciser que la gestion collective obligatoire n'interviendrait que lorsque la reproduction et la mise à disposition d'œuvre, via internet,

[406] Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur. », *supra* note 32.
[407] Geiger, « Legalize it? », *supra* note 380, voir également, du même auteur : « The rise of criminal enforcement of intellectual property rights. . . and its failure in the context of copyright infringements on the Internet », », dans Daniel Gervais et Susy Frankel, supra note 368, à la p 113.
[408] Article L122-5-2° CPI.
[409] Article 80(1) LDA.
[410] Article L311-1 CPI et 81(1) LDA.
[411] Article L122-5 et L331-7 CPI.
[412] *BMG Canada Inc., EMI Music Canada et autres c/ John Doe, Jane Doe et autres*, 2004 FC 488.
[413] Décision du 12 décembre 2003, « copie privée 2003-2004 », *Propr. Intell.*, 2004, p. 552, obs. A. Lucas.
[414] Carine Bernault et Audrey Lebois, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique, Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur internet »*, Rapport de recherche, Université de Nantes, 2005.

seraient effectuées par des particuliers et à des fins non commerciales[415]. La consécration d'un mécanisme de restriction des droits exclusifs ne peut se faire qu'en respectant les différents principes posés par les instruments internationaux. La convention de Berne n'encadre que l'existence du droit exclusif de l'auteur, ce qui permet d'atteindre l'exercice de ce droit[416]. Par ailleurs, le mécanisme de gestion collective peut être en conformité avec le test en trois étapes de l'article 9(2) de la Convention, car il s'agit du dispositif le plus respectueux des droits de l'auteur[417]. L'étude réalisée par C. Bernault et A. Lebois a conclu à la faisabilité de ce système[418]. Cette solution pourrait également être retenue au Canada dans la mesure où un auteur canadien[419] admet que la gestion collective est la seule forme moderne de l'exercice du droit d'auteur, l'auteur gardant alors les avantages pécuniaires.

Le système de licence exploitée par des sociétés de gestion collective, chargée de la perception et de la redistribution des revenus, est déjà appliqué sur internet. Par exemple, le site de diffusion de musique en continu Deezer a passé des accords avec la Société des auteurs ; compositeur et éditeurs de musique et des producteurs de musique. Le site les rémunère ensuite grâce aux revenus issus des recettes publicitaires ou des abonnements. Il en va de même au Canada. La Commission du droit d'auteur, qui établit les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective, a déjà homologué un tarif concernant les webdiffusions et les services de musique en ligne[420]. En conséquence, un auteur français argumente en faveur de l'application d'un tel système s'agissant du pair-à-pair[421] selon lequel « il suffit d'organiser la perception sur un pourcentage du prix de l'abonnement à internet que percevraient et reverseraient à un fonds d'indemnisation les fournisseurs d'accès. ».

P. Lescure avance également certains avantages relatifs à une légalisation des « échanges non marchands »[422]. Cette légalisation s'analyserait en une permission offerte aux internautes de partager et télécharger des œuvres protégées dans un cadre non marchand, et sans but lucratif, en contrepartie d'une contribution forfaitaire prélevée sur l'abonnement à

---

[415] *Ibid*., à la p 72.
[416] Article 11 bis et article 13 de la Convention de Berne.
[417] Caroline Colin et Séverine Dusollier, « Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux peer-topeer en Belgique » dans Carine Doutrelepont, François Dubuisson et Alain Strowel, *supra* note 50.
[418] *Ibid.*, à la p 84
[419] Normand Tamaro, *supra* note 149, à la p 1075
[420] Les décisions sont disponibles sur cette page : http://cb-cda.gc.ca/home-accueil-f.html.
[421] Jérôme Huet, « Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le "peer to peer" et sur HADOPI) » [2009] 44 D. 2939.
[422] P. Lescure, *supra* note 298, à la p 31.

internet. Dès lors, la lutte contre la contrefaçon pourrait se focaliser sur les sites exploitants les contrefaçons à des fins lucratives et fournirait aux créateurs une source de revenus non négligeable.

Une telle légalisation présente toutefois de nombreux inconvénients. Une rémunération compensatoire risque d'entrainer une déconnexion entre le paiement d'une somme forfaitaire prélevée sur le prix d'un abonnement internet et les usages. Si cette contribution est facultative, cela impliquerait une surveillance ciblée sur les internautes qui décident de ne pas la payer[423] et engendrerait des coûts administratifs supplémentaires. D'autres difficultés pratiques existent, notamment concernant l'implication des fournisseurs d'accès à internet puisque la compensation sera prélevée sur l'abonnement, ce qui suppose une négociation avec les sociétés de gestion collective, en cas de gestion collective obligatoire. Il en résulterait nécessairement une augmentation du coût d'internet. Les fournisseurs d'accès à internet sont, tant en France qu'au Canada, soumis à un régime de responsabilité allégée. La légalisation se heurte également au principe de chronologie des médias selon lequel un calendrier d'exploitation ménage différentes périodes d'exclusivité successives aux différents modes de diffusion des œuvres cinématographiques. Là encore, il faudrait faire appel aux FAI afin de mettre en place un système de filtrage empêchant la diffusion d'œuvres pour lesquelles l'exclusivité doit encore être préservée. En cas de gestion collective, la rémunération ne pourra concerner que les œuvres contenues dans le répertoire des sociétés concernées. Quid des auteurs n'adhérant à aucune société ? La diffusion des œuvres, sur internet, étant par définition réalisée à l'échelle planétaire, il est difficile de parvenir à un consensus entre tous les titulaires de droit et les sociétés de gestion les représentant, tout en parvenant à une rémunération globale équitable pour chaque catégorie d'ayant-droit et l'utilisateur. Enfin, notons qu'un tel système ne pourrait s'appliquer qu'aux logiciels de pair-à-pair, ce qui permet de douter de son effectivité. En effet, il ne serait pas logique d'inclure des sites permettant le streaming ou le téléchargement illégal, ces derniers tirant illégitimement profit de la contrefaçon, et il est désormais acquis que les utilisateurs se reportent sur ces derniers.

Outre ces considérations, il faut également déplorer le fait que, dans un tel système, l'auteur perde son droit exclusif au profit d'un droit à rémunération[424]. Il s'agit

[423] P. Lescure, *supra* note 298, à la p 355.
[424] Lefranc, « Téléchargement illégal », *supra* note 385.

d'« abandonner toute idée de responsabilité pour se focaliser sur l'idée du coût »[425]. « Est-on encore en présence d'un « droit d'auteur ? » »[426]. Au demeurant, la coexistence d'échanges non marchands légalisés et d'une offre commerciale légale, de plus en plus développée, parait difficilement envisageable. L'offre légale deviendrait moins attractive pour le consommateur. Légaliser les échanges non marchands sur internet ne nous semble pas la solution la plus appropriée.

[425] Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur. », *supra* note 32.
[426] Christophe Caron, « Questions autour d'un serpent de mer » [2009] CCE 1.

Conclusion :

Internet a entrainé de nombreuses conséquences pour le droit d'auteur. Celui-ci permet la diffusion, la reproduction, la mise à disposition ou encore la communication au public, sur une échelle planétaire et de façon instantanée, d'œuvres de l'esprit. Corolairement à ces possibilités, les possibilités de porter atteinte au droit d'auteur se sont démultipliées. En effet, il devient aisé pour les contrefacteurs de reproduire ou représenter une œuvre sans obtenir l'autorisation des ayants-droit. Cette contrefaçon sur internet peut être le fait de véritables professionnels qui alimentent des sites permettant le téléchargement ou le streaming d'œuvres de façon illégale. Ces derniers peuvent également concevoir des logiciels destinés à la représentation de l'œuvre ou à sa reproduction sans l'autorisation des titulaires de droit, tout en tirant un profit. En outre, le public devient également contrefacteur lorsqu'il télécharge une œuvre ou qu'il la met à disposition sur internet, et ce sans but lucratif.
Pour tenter d'enrayer ce phénomène de contrefaçon en ligne, le législateur français a adopté successivement plusieurs lois, créant ainsi de nouvelles infractions et de nouvelles sanctions pénales pour dissuader les contrefacteurs, tant les professionnels que les utilisateurs privés. À rebours du législateur français, le législateur canadien n'a pas fait évoluer ses sanctions pénales, mais a choisi un mécanisme pédagogique, la procédure d'avis, afin d'enrayer la contrefaçon du public. Néanmoins, il appert que de tels mécanismes ne sont pas effectifs. Les sanctions pénales prononcées par le juge français sont rares, voire inexistantes au Canada concernant la contrefaçon sur internet, et lorsqu'elles sont prononcées, elles ne sont pas dissuasives. De plus, le droit d'auteur souffre d'une véritable crise de légitimité auprès de son public, qui n'accepte pas de se voir imposer des sanctions pénales.

Pour toutes ces raisons, il serait préférable, à tout le moins en France, de revoir le droit pénal de la contrefaçon sur internet. Ainsi, il serait judicieux de distinguer les actes de contrefaçons, réalisés sur internet, selon leur vocation. Lorsque la contrefaçon est réalisée de façon lucrative, à but commercial, par une personne en tirant profit, les sanctions pénales ont vocation à s'appliquer. Cela est moins certain lorsque la contrefaçon est réalisée à des fins personnelles et non lucratives. C'est pourquoi nous pensons qu'il serait opportun de dépénaliser ces actes. Une sanction administrative pourrait s'appliquer, notamment une amende, afin de continuer à sanctionner ces actes pour rediriger les internautes vers des offres légales. Dans le cas où ces internautes seraient multirécidivistes, un retour aux sanctions pénales pourrait être de mise. De manière générale, trois situations peuvent être définies : l'infraction commise par un individu doit être punie d'une amende (qu'elle soit administrative

ou pénale), l'infraction commise par un professionnel peut être punie d'une amende et d'une peine d'emprisonnement, l'infraction commise en bande organisée doit être sévèrement punie[427]. En outre, les efforts de pédagogie à l'encontre des utilisateurs, ces derniers doivent comprendre les règles qui leur sont applicables et que la destination d'une œuvre n'est pas d'être téléchargée gratuitement[428]. Enfin, n'oublions pas les intermédiaires de l'internet qui, s'ils ne peuvent être sanctionnés pénalement, peuvent apporter leur pierre à l'édifice de la lutte contre la contrefaçon. Ces derniers sont de plus en plus impliqués grâce à la soft law et à la signature de charte, le gouvernement canadien pouvant alors s'inspirer des chartes signées en France.

En définitive, il convient également d'étudier la nouvelle économie du marché. La contrefaçon en ligne s'est développée lorsqu'il n'y avait que très peu d'offres légales disponibles sur internet. Désormais, de nombreux sites légaux existent quant au téléchargement ou visionnement d'œuvres audiovisuelles, musicales ou encore littéraires. Même si la contrefaçon a légèrement diminué ces dernières années, il faut continuer à lutter contre celle-ci, pour que de nouvelles industries culturelles naissent sur internet. Cette lutte doit se faire majoritairement contre les sites tirant indûment profit de la contrefaçon mais il faut appréhender le phénomène dans le sens d'une conciliation des intérêts plutôt que « d'opposition vaine »[429]. Puisque de nouveaux modèles économiques se développent sur internet, se pose désormais la question de la rémunération des auteurs[430].

[427] Lefranc, « Historical perspective on criminal enforcement », *supra* note 343.
[428] Pierre-Dominique Cervetti, « Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public » [2011] 67 RLDI 69.
[429] Chopin, *supra* note 317.
[430] Daniel Gervais, « La rémunération des auteurs et artistes à l'ère du streaming » (2015) 27:3 CPI 1085 et Victor Dzomo-Silinou, « Le phénomène du téléchargement illégal sur Internet et la question de la rémunération de la création » (2011) 23:2 CPI.

Bibliographie :

Monographie :

Beccaria, *Des délits et des peines*, § XXVII, GF-Flamarion

Boncompain, Jacques, *Le droit d'auteur au Canada. Etude critique,* Montréal, Le Cercle du Livre de France Ltée, 1971

Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, 25e éd., Paris, Dalloz, 2017,

Caron, Christophe. *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, LexisNexis, 2015.

Carbonnier Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J, 2013.

Commission du droit du Canada, *Qu'est-ce qu'un crime ? : mémoires du concours Perspectives juridiques 2002*, P.U.Laval, 2005

De Broglie, Gabriel, *Droit d'auteur et l'internet*, Paris, PUF, 2001.

Demers, Valérie. *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Les éditions Thémis, 1996.

Derieux, Emmanuel et Agnès Granchet. *Lutte contre le téléchargement illégal: Lois Dadvsi et Hadopi*, coll Lamy axe droit, Rueil-Malmaison, Lamy, 2010.

Fortin, Jacques, et Viau, Louise, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les éditions Thémis, 1982.

Garçon, Evelyne et Peltier, Virginie, *Droit de la peine*, 2e éd., Paris, Litec, 2011,

Gautier, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Presses universitaires de France, 2017.

Grynbaum, Luc, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet. *Droit des activités numériques*, Paris, Dalloz, 2014.

Hutchison, Cameron. *Digital copyright law*, Toronto, ON, Irwin Law, 2016.

Kaminski, Dan et Journées Juridiques Jean Dabin, dir. *La flexibilité des sanctions: XXIes Journées Juridiques Jean Dabin*, coll Bibliothèque de la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain, n°52, Bruxelles, Bruylant, 2012.

A. A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour la révision de la loi*, Ministre des approvisionnements et services Canada, avril 1977

Lucas, André, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4 éd, Paris, LexisNexis, 2012.

Marino, Laure. *Droit de la propriété intellectuelle*, 1re édition, coll Thémis Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2013.

Parent, Hugues, T*raité de droit criminel*, t 3 « La peine », Montréal, Les éditions Thémis, 2016.

Przyswa Eric, *Cybercriminalité et contrefaçon*, Paris, Fyp éditions, 2010.

Quéméner, Myriam et Joël Ferry. *Cybercriminalité: défi mondial*, Paris, Economica, 2009.

Quéméner, Myriam et Yves Charpenel. *Cybercriminalité: droit pénal appliqué*, coll Collection Pratique du droit, Paris, Economica, 2010.

Tamaro, Norman., *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté,* Thomson Reuters, 2017.

Thèse :

Aleksandra Kuczerawy, *Private Enforcement of Public Policies: Freedom of Expression in the Era of Online Gatekeeping*.

Ouvrages collectifs :

Doutrelepont, Carine, dir. *Le téléchargement d'œuvres sur Internet: perspectives en droits belge, français, européen et international*, coll Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2012.

Frankel, Susy et Daniel J Gervais. *The evolution and equilibrium of copyright in the digital age*, 2014, en ligne : <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781107477179> (consulté le 7 juin 2017).

Geiger, Christophe, dir. *Criminal enforcement of intellectual property: a handbook of contemporary research*, coll Research handbooks in intellectual property, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, Edward Elgar, 2012.

Torremans, Paul, dir. *Research handbook on cross-border enforcement of intellectual property*, coll Research handbooks in intellectual property series, Cheltenham, UK, Edward Elgar Pub, 2014.

Articles :

Barraud, Boris. « La crise de la sanction. Réflexions autour de la difficile répression des activités illicites en ligne » (2016) 128 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 45-54.

Jean-Michel Baudel, « Le droit d'auteur français et le copyright américain : les enjeux. », [1998], *Revue Française d'Etudes Américaines*, N°78.

Benabou, Valérie-Laure. « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 » (2006) 20 Propriétés Intellectuelles (PI) 240-242.

Benizri, Yohan. « Les mécanismes de la licence légale – De la technique au droit et du droit à la technique : la licence légale comme solution » (2005) 17:3 Les Cahiers de propriété intellectuelle.

Yohann Benizri, « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet » (2008) 53 McGill, L.J 375.

Bensamoun Alexandra et Groffe Julie. « Création numérique » [2013] RTD civ.

Bernault, Carine. « DADVSI 2, HADOPI, "création et internet"... De bonnes questions ? De mauvaises réponses » (2008) 33 Recueil Dalloz Sirey 2290-2291.
———. « La sanction pénale de la contrefaçon » (2012) 86 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 57-62.

Bitton, Miriam. « RETHINKING THE ANTI-COUNTERFEITING TRADE AGREEMENT'S CRIMINAL COPYRIGHT ENFORCEMENT MEASURES » (2012) 102:1 The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-) 67-117.

Bourdon, William. « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? » (2008) 11 Recueil Dalloz Sirey 729-734.

Bruguière, Jean-Michel. « Loi du 12 juin favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet » [2009] 32 *Propr. Intell.*,

Caron Christophe. « Malédictions numériques » (2009) 9 Communication Commerce Électronique 1-1.
———. « Questions autour d'un serpent de mer » (2009) 11 Communication Commerce Électronique 1-1.
———. « Le repentir du pirate » (2016) 2 Communication Commerce Électronique 1-1.

Catelan, Nicolas. « La protection pénale du droit d'auteur : une négligence caractérisée ? » (2011) 67 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 81-83.

Yves Cartuyvels, « Le regard du sociologue » dans Michel Danti-Juan, dir, L'ineffectivité des peines, Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015

Cervetti, Pierre-Dominique. « Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public » (2011) 67 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 69-74.

Chavent-Leclère, Anne-Sophie. « La responsabilité pénale à la lumière des lois "Hadopi" » (2011) 67 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 79-80.

Chopin, Frédérique. « Téléchargement illégal et Hadopi » (2012) 5 Actualité Juridique Droit Pénal (AJDP) Dalloz 258-263.

Costes, Lionel. « Numérique et atteintes à la propriété intellectuelle : de quelques aspects principaux », [2006] 21 RLDI.

Cousi, Olivier. « La lutte contre la contrefaçon et le piratage des films : un combat nécessaire dans un environnement complexe » (2004) 128 La Gazette du Palais 24-30.

Danaher, Brett, Michael Smith et Rahul Telang. « Copyright enforcement in the digital age: empirical evidence and policy implications » (2017) 60:2 Communications of the ACM 68-75, DOI : 10.1145/2979673.

Derclaye, Estelle. « Les réponses graduées française et britannique : des coups d'épée dans l'eau ou des modèles pour le Canada ? » (2010) 22:3 Les Cahiers de propriété intellectuelle.

Derieux, Emmanuel. « Protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet - A propos de la loi du 28 octobre 2009 » [2009] 47 JCP E 544.

Dreyer, Emmanuel. « Les nouvelles incriminations... retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur » (2007) 244 Les Petites Affiches 52-67.

———. « La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire ou artistique » (2014) 1 Mélanges Lucas, LexisNexis 251-262.

_____. « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », [2009] 43 JCP G doctr. 201

Duong, Lê-My. « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau » (2010) 13 Recueil Dalloz Sirey 783-789.

Dzomo-Silinou, Victor. « Les législations de lutte contre le téléchargement illégal: entre riposte graduée et filtrage de l'Internet » (2014) 26:1 Les Cahiers de propriété intellectuelle 43-148.

———. « Le phénomène du téléchargement illégal sur Internet et la question de la rémunération de la création » (2011) 23:2 Les Cahiers de propriété intellectuelle.

Fabiani, Marie-Hélène. « Hadopi 1, Hadopi 2 ... suite et fin ? » (2009) 345:346 La Gazette du Palais 07-09.

Fievet, Rudy. « Contrefaçon - Lutte - La Sacem et l'hydre » [2017] 42 JAC 13

Françon, André, « Internet et le droit d'auteur » [1997] RTD com. 97.

Francillon, Jacques. « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication : Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel » (2009) 3 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 609-622.

Gautier, Pierre-Yves. « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle » (2015) 54 Propriétés Intellectuelles (PI) 10-15.

Gautrais, Vincent. « Hadopi : regards du dehors » (2011) 67 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 87-94.

Geiger, Christophe. « "HADOPI", ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux "de pair à pair" » (2011) 11 Recueil Dalloz Sirey 773-779.

———. « Le dispositif juridique français de lutte contre le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer. Une volonté préventive affichée, une solution répressive retenue », (2012) dans *Le téléchargement d'œuvres sur Internet: perspectives en droits belge, français, européen et international*,

———. « Legalize it? Quelques réflexions sur la mise en oeuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des oeuvres sur Internet » (2014) 1 Mélanges Schmidt-Szalewski Joanna, LexisNexis 167-186.

———. « Challenges for the enforcement of copyright in the online world: Time for a new approach » dans P. Torremans, dir, *Research Handbook on the Cross-Border Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, Edward Elgar, 2014.

———. « The rise of criminal enforcement of intellectual property rights. . . and its failure in the context of copyright infringements on the Internet », (2014), dans Daniel Gervais et Susy Frankel,

Gendreau, Ysolde. « La civilisation du droit d'auteur au Canada » (2000) 52 :1 RIDC
———. « Vox Pop : Public Participation in Canadian Copyright Law », dans I. A. Stamatoudi, *Copyright enforcement and the Internet*, Wolters Kluwer, 2010, p. 321.
———. « La réforme de la loi canadienne sur le droit d'auteur : dans l'esprit du temps ? » (2014) 239 Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA) 188-259.

Gervais, Daniel. « La rémunération des auteurs et artistes à l'ère du streaming » (2015) 27:3 Les Cahiers de propriété intellectuelle 1085-1108.

Giblin, Rebecca. « Evaluating Graduated Response » (2017) 37:(2014) Journal of Law and the Arts.

Huet, Jérôme. « Le beurre et l'argent du beurre (encore des propos sur le "peer to peer" et sur HADOPI) » (2009) 44 Recueil Dalloz Sirey 2939-2941.

Nathan Irvinga, "Copyright Law for the Digital World: An Evaluation of Reform Proposals", [2010], Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 141

Jabber, Abbas, « La propriété intellectuelle à l'heure du streaming : quelle répression ? » [2011] supp. 77 RLDI n°2579.

Kessler, Guillaume, « Le peer-to-peer dans la loi du 1er aout 2006 », [2006] D. 2167

Landreville, Louis Charles. « De la cassette au point-à-point (peer to peer) – Chronologie d'une dyspepsie » (2008) 20:3 Les Cahiers de propriété intellectuelle

Le Goffic, Caroline. « La pénalisation de la contrefaçon » (2009) 12 Droit pénal 14-19.

Lefranc, David. David Lefranc, « Le nouveau public » (2001) D. 107.
———. « La contrefaçon en droit d'auteur. Naissance - extension - scission » (2009) 30 Propriétés Intellectuelles (PI) 19-30.
———. « Téléchargement illégal : que faire ? », Gaz. Pal., 2009, n°120
———. « Historical perspective on criminal enforcement », dans Christophe Geiger, dir, *Criminal enforcement of Interllectual Property. A Handbook of contemporary Research*, Cheltenham UK, Edward Elgar, 2012.

Luan Li, « Amdministrative enforcement of copyright law in China : a characteristic deserving of praise or repeal ? », dans Daniel Gervais et Susy Frankel, *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge Intellectual Property and Information Law, 2014

Marino, Laure. « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) » (2010) 3 Recueil Dalloz Sirey 160-164.
———. « Musique en streaming à la Cour de cassation : le logiciel Radioblog à l'index ; Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, Société Mubility et autres contre SPPF et SCPP, PB, pourvoi numéro 11-84.224 » (2013) 65:66 La Gazette du Palais 21-21.
———. « Piratage » (2014) 1 Mélanges Schmidt-Szalewski Joanna, LexisNexis 233-236.

Martin, Benton et Jeremiah Newhall. « Criminal copyright enforcement against filesharing services. » (2013) 15:1 North Carolina Journal of Law & Technology 101-151.

Massot, Pierre. « Les sanctions de la contrefaçon Des sanctions inadaptées en matière de contrefaçon Le rôle limite des sanctions pénales » (2005) 6 Cahiers de l'Irpi 5-31.

De Munagorri R., Encinas, « La désobéissance civile : une source du droit ? » [2005] RTD civ. 73

Ngombé, Laurier Yvon. « La loi dite « Création et Internet » ou le législateur français et le casse-tête technologique » (2009) 21:3 Les Cahiers de propriété intellectuelle

Passa Jérôme, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches de la propriété intellectuelle : plaidoyer pour une clarification », [2004] 10 *Propr. Intell.* 513.

Pollaud-Dulian, Frédéric. « HADOPI. Suspension d'accès à Internet » [2013] RTD com. 737

———. « Hadopi » (2014) 1 Revue Trimestrielle de Droit Commercial (RTD Com) 121-123.

———. « Contrefaçon sur Internet. « Streaming ». Mise à disposition du public de phonogrammes. Mise à disposition d'un logiciel destiné à la contrefaçon. Droits voisins des producteurs. » (2011) RTD Com. 354.

Robert, Jacques-Henri. « Commentaire de la loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » [2009] 12 Dr pén.

Rochelandet Fabrice. Propriété intellectuelle. In: Communications, 88, 2011. Cultures du numérique [Numéro dirigé par Antonio A. Casilli] pp. 121-130

Rocher Guy. « L'effectivité du droit », *in* André Lajoie, Roderick Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, dir, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1998.

Royer, Guillaume. « Contrefaçon par communication au public d'oeuvres contrefaisantes en streaming » (2013) 1 Actualité Juridique Droit Pénal (AJDP) Dalloz 40-41.

Saint-Martin, Axel. « Radioblog-Peine privée pour contrefaçon » (2009) 53 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 15-24.

Scaramozzino, Éléonore. « FAI et moteurs de recherche, acteurs contraints de la lutte contre le piratage » (2014) 9 Jurisart 6.

Singh, Asim, « Le streaming et la loi Création et Internet » [2009] 50 RLDI n°1660.

Sirinelli Sirinelli, Chronique de jurisprudence, [2012] 231 RIDA 185.

Sookman, Barry, "Copyright Reform for Canada: What Should We Do? A Submission to the Copyright Consultation", [2009], 22 I.P.J. 1.

Tang, Guan Hong. « Is administrative enforcement the answer? Copyright protection in the digital era » (2010) 26:4 Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice 406-417, DOI : 10.1016/j.clsr.2010.05.006.

Tellier-Loniewski, Laurence. « Projet de loi DADVSI: un débat surréaliste ? » (2006) 25 La Gazette du Palais 3-4.

Thibierge, Catherine « Le droit souple » [2003] RTD civ. 599

Tilliet, Hubert, « Les dispositions relatives à l'encouragement de l'offre légale et à la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux de communications au public en ligne dans les lois des 12

juin et 28 octobre 2009 » [2010] 223 RIDA 77

Van de Kervoche, Michel, « La transgression et la norme. Les différentes formes possibles de retrait de la norme juridique. », *in Droits et sanctions, Etudes juridiques internationales,* Editions L'Harmattan, 2013

Varnerot, Valérie. « La propriété littéraire et artistique en réseau » [2013] 3 CCE.

Verpeaux, Michel. « Loi HADOPI 2, contrôle à double détente : 1-.- A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009 » [2009] 46 JCP G 414.

Vivant, Michel., « Au-delà de l'Hadopi : penser la contrefaçon » (2009) 51 Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique 3-5.
———. « Internet, piratage et contrefaçon » (2009) 26 Recueil Dalloz Sirey 1808-1808.
——— . « Droit pénal : punir d'abord ! » (2016) 58 Propriétés Intellectuelles (PI) 97-98.

Rapport :

Bernault Carine et Lebois Audrey, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique, Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur internet »*, Rapport de recherche, Université de Nantes, 2005.

Béteille Laurant et Yung Richard, *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007,* rapport fait au nom de la commission des loi n°296, 9 février 2011, disponible à cette adresse : https://www.senat.fr/notice-rapport/2010/r10-296-notice.html

Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Régime de propriété intellectuelle au Canada*, mars 2013.

Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques,* La documentation Française, 1998.

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux,* La documentation française, 2014.

Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique, *La distribution de contenus numériques en ligne*, 2005

Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection sur internet, Rapport d'activité 2015-2016.

Hervé Loïc et Bouchoux Corrine, *Loi Hadopi : totem et tabou,* rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 2015, disponible à cette adresse : https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-600-notice.html

Imbert-Quaretta Mireille, Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites, 2013
Imbert-Quaretta Mireille, Rapport sur les outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne, mai 2014

Lescure Pierre, *Contribution aux politiques à l'ère numérique, in Mission « acte II de l'exception culturelle »*, mai 2013, tome 2, disponible sur ladocumentationfrançaise.fr.

Panel OMC, « China – Measures affecting the protection and enforcement of Intellectual Property Rights », 26 janvier 2009

Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791

Rapport, « Examination of the «follow-the-money» approach to copyright piracy reduction », Prepared by Circum Network Inc. for Canadian Heritage, avril 2016
Commission du droit du Canada, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, 2003

Articles électroniques :

Michael Geist, « Moore's Strong Rejection of Three Strikes Model for Canada ».

Barry Sookman, « Website operator jailed for distributing copyright infringing copies of musical works: R v Evans", 13 mars 2017, en ligne : www.barrysookman.com/2017/03/13/website-operator-jailed-for-distributing-copyright-infringing-copies-of-music-works-r-v-evans/

Jurisprudences :

Canada:

Cour du Québec :
R. c. *Adam*, 2010 QCCQ 10991

Cour fédérale :
Therrien c. Schola inc., 1981, n° T-84-80 (C.F)
R. c. *Stewart*, [1988], 1 R.C.S. 963
Voltage Picture LLC c. John Doe, 2014 CF 161

Juridictions d'appel :
R. c M. (J.P) (1996), 67 C.P.R. (3d) 152 (C.A N.E)
Profekta International Inc c. Lee, (1997), 75 C.P.R. (3d) 369 (C.A.F.)
BMG Canada Inc v John Doe, 2005 FCA 193

Cour Suprême :
CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada, [2004] 1 R.C.S. 339
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet [2004] 2 RCS 427, 2004 CSC 45 (CanLII).
Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 CSC 35 (CanLII)
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, [2012] 2 R.C.S. 231, 2012 CSC 34 (CanLII),

Commission du droit d'auteur :
Décision du 12 décembre 2003, « copie privée 2003-2004 »

Cour Européenne des Droits de l'Homme:

CEDH, 4e sect., 29 janv. 2008, n° 19247/03, Balan c/ Moldavie

Cour de Justice de l'Union Européenne :

CJUE 23 mars 2010, C-236/08,
CJUE 23 mars 2010 C-237/08,
CJUE 23 mars 2010 C-238/08

États-Unis :

Sony Corporation of America c/ Universal City Studios, Inc., 1984 SC
United States District Court for the Southern District of New York, 4 mai 2000, *UMG Recordings, Inc. et autres c/ MP3.com, Inc*
Grokster, Ltd., & Al hern District of California, 10 août 2000, *Sony Music Entertainment, Inc. et autres c/ Napster, Inc*
United States Supreme Court, 27 juin 2005 dans le conflit *Metro-Goldwyn-Mayer studios inc. & al v.*

France :

Premières instances :
TGI Paris réf. 14 août 1996, *Sté Art Music France et autres c/ Ecole nationale supérieure des Télécommunications et autres*
TGI Paris réf. 3 mars 1997
TGI Paris, 3e ch., 13 février 2002
TGI Vannes, corr., 29 avr. 2004, Min. public et FNDF, SEV et al. c/ X. et a.
TGI Rodez, 13 octobre 2004, Min. public, Fndf et autres / Aurélien D.,
TGI Pontoise, 2 février 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B.,
TGI Bayonne, 15 novembre 2005,
TGI Nanterre, 15e ch., 12 février 2009/ TF1, SEV et autres / Cédric P. et autres
T. corr. Paris, 31e ch., 26 sept. 2012
T. corr. Dax, 12 janvier 2012
T. pol., Montreuil, 3 juin 2013, Min. publ. et la hadopi c/ M.X

Juridictions d'appel :
CA Paris, 1re ch., 1er avril 1957.
CA Montpellier, 3e ch. correct., 13 avril 2016, J. B., C.L., le ministère public / Le Partenaire Européen

Cour de cassation :
Ass. Plen., 7 mars 1986, pourvoi n° 83-10477
Cass. Crim., 6 juin 1991, *Formento*
Cass. Crim., 13 décembre 1995,
Cass, 1re civ., 10 février 1998, n°95-19030
Civ. 1re., 13 novembre 2003, n°01-11.930
Cass. Crim. 30 mai 2006, n° 08-83.335
Crim. 5 février 2008, n°07-81.387,
Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°11-84.224, Radioblog
Cass. Crim., 12 mars 2013

Conseil constitutionnel :
Décision n°2006-540 du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information
Décision n°2009-580 du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet ; pour des commentaires
Royaume Uni :

Victoria v. Commonwealth (1962), 107 CLR 529
Evans, R. v [2017] EWCA Crim 139 (14 February 201),

Suède :

CA Svéa 26 Novembre 2010, aff. N° B 4041-09.
Stockholms Tingsrätt, 17 avr. 2009, aff. n° B 13301-06

Textes législatifs :

Canada :

Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42) [LDA]
Loi de modernisation du droit d'auteur [L.C. 2012, ch. 20
Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, art 91(23).

Charte canadienne des droits et libertés

Québec :

C-1.1 - Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

États-Unis

Digital Millenium Copyright Act de 1998

France :

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite « LCEN ».

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite « Perben 2 »

Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet

Décrets des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789 abolissant les privilèges féodaux

Décret 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication

Royaume-Uni

An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in Authors or Purchasers of Such Copies During the Times Therein Mentioned, Statute of Ann, 8 Anne c. 19 (1710)

Fine Art Copyright Act, London (1862)

Copyright Act, 16 décembre 1911, 1911 c. 46

UK Copyright, Designs, Patents Act, 1988

Union Européenne :

Directive CE, *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.*

Directive CE, *Directive Européenne n°2001/29 du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information,* [2001] JO, L 167.

Directive, CE, *Directive n°2004/48/CE, 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle,* [2004], JOUE n° L 157

Conventions Internationales :

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996

Convention sur la cybercriminalité de Budapest du 23 novembre 2001

L'accord commercial anti-contrefaçon du 1er octobre 2011