

Vincent Salvadé

## La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur

---

La LDA révisée introduit une obligation de « stay down » pour les services d'hébergement (art. 39d), de même qu'un droit à rémunération incessible et inaliénable en faveur des auteurs et interprètes d'une œuvre audiovisuelle (art. 13a et 35a), couvrant la vidéo à la demande (VoD). Le présent article examine plus en détail ces deux nouveautés et les met en relation avec la responsabilité délictuelle des plateformes sur Internet en cas de violation du droit d'auteur. Sous cet angle, il apparaît que l'obligation de « stay down » pourrait bien être une arme redoutable pour les ayants droit.

---

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit de la propriété intellectuelle ; Droit d'auteur ; Droit des obligations

Proposition de citation : Vincent Salvadé, La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur, in : Jusletter 25 mai 2020

## Table des matières

1. La situation de départ
  - 1.1. En général
  - 1.2. Responsabilité des fournisseurs d'accès à internet
  - 1.3. Responsabilité des plateformes participatives
2. Les nouvelles mesures de lutte contre le piratage
3. L'obligation de « stay down »
  - 3.1. Conditions
    - 3.1.1. Bien protégé déjà rendu accessible
    - 3.1.2. Avertissement de l'ayant droit
    - 3.1.3. Service générant un risque particulier
  - 3.2. Le principe de la proportionnalité
  - 3.3. L'action en prévention
4. La responsabilité délictuelle
5. Le droit à rémunération pour la VoD
6. Conclusion

[1] Le 27 septembre 2019, les Chambres fédérales ont approuvé en vote final la révision de la loi sur le droit d'auteur (LDA). La tentative du Parti Pirate de lancer un référendum ayant échoué, la loi révisée est entrée en vigueur le 1er avril 2020. C'est un long exercice qui a ainsi pris fin. Il avait commencé en 2010, lorsque la Conseillère aux Etats Géraldine Savary déposa un postulat intitulé « La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique? ».

[2] La loi révisée contient quelques dispositions influençant la responsabilité des plateformes. Notre propos sera de les présenter. Si l'on compare la loi suisse à la directive européenne du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique<sup>1</sup>, on voit que cette dernière, en apparence, va plus loin : notamment, elle renforce la responsabilité des plateformes comme YouTube (art. 17). Il est donc nécessaire d'examiner de plus près les possibilités offertes en Suisse par la révision du droit d'auteur.

## 1. La situation de départ

### 1.1. En général

[3] Lorsqu'un droit de propriété intellectuelle est violé sur un réseau numérique, il y a un acte illicite au sens des art. 41 ss CO<sup>2</sup>. D'après l'art. 50 CO « *lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice* ». L'art. 50 CO joue un rôle important<sup>3</sup>, dans la mesure où plusieurs personnes sont souvent impliquées en cas d'atteinte au droit d'auteur sur Internet.

[4] Contrairement à la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique, le droit suisse ne prévoit pas d'exonérations de responsabilité pour les intermédiaires sur Internet. Les

---

<sup>1</sup> Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

<sup>2</sup> Cf. art. 62 al. 2 LDA.

<sup>3</sup> IVAN CHERPILLOD, Violation des droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation, in : Nathalie Tissot (édit.), Quelques facettes du droit de l'Internet, volume 6, Neuchâtel 2005, p. 64.

principes généraux de la responsabilité civile (et pénale) sont applicables. La situation de départ pour la révision de la LDA n'était donc pas la même qu'en Europe.

[5] L'art. 50 CO ne règle pas seulement la responsabilité solidaire pour la réparation d'un dommage, il constitue aussi la base légale de la responsabilité civile des participants. Les normes particulières du droit de la personnalité – art. 28 al. 1 CC – ou des droits réels ne sont pas applicables en droit d'auteur<sup>4</sup>.

[6] L'instigation et la complicité au sens de l'art. 50 CO sont des actes de favorisation d'un acte illicite. Ils sont commis par une personne qui ne réalise pas elle-même tous les éléments constitutifs de l'acte illicite, mais qui favorise la commission d'un tel acte par un tiers<sup>5</sup>. Cependant, toute participation à une action illicite n'est pas toujours une simple favorisation. Par exemple, celui qui met à disposition sur Internet un enregistrement confectionné en violation du droit d'auteur n'accomplit pas une favorisation : la mise à disposition est en effet, en tant que telle, un acte soumis au droit d'auteur<sup>6</sup>.

[7] En matière de brevets, la responsabilité pour actes de favorisation est expressément prévue par l'art. 66 lit. d LBI; cette disposition, d'après le Tribunal fédéral (TF), n'a toutefois pas une portée différente de l'art. 50 CO<sup>7</sup>. L'instigateur au sens de l'article 66 let. d LBI (et par conséquent au sens de l'art. 50 CO) est donc celui qui incite fautivement quelqu'un à commettre une violation d'un droit de propriété intellectuelle, alors que le complice est celui qui, d'une manière ou d'une autre, favorise cette violation ou fournit une assistance à l'auteur principal<sup>8</sup>.

[8] L'art. 50 CO sous-entend que les co-responsables ont causé ensemble un dommage par une faute commune. Cela implique une coopération<sup>9</sup>; mais il suffit que chacun ait connu ou pu connaître la contribution des autres et qu'il se soit rendu compte que son comportement était propre à causer le dommage<sup>10</sup>. Il y a une faute commune déjà dans le fait de tolérer l'acte d'un autre participant à la violation<sup>11</sup>. Une inaction fautive peut donc fonder l'application de l'art. 50 CO, si le responsable devait savoir que son omission était propre à causer le dommage<sup>12</sup>.

[9] L'instigation et la complicité sont avant tout des notions de droit pénal; lorsqu'elles sont punissables au sens du droit pénal, elles engagent aussi la responsabilité civile de leurs auteurs<sup>13</sup>. Toutefois, la responsabilité civile de l'instigateur ou du complice existe aussi en cas de simple négligence, alors que leur responsabilité pénale est subordonnée à une faute intentionnelle. De surcroît, une action en cessation de trouble ou en interdiction dirigée contre un complice ou un instigateur ne nécessite pas qu'ils aient commis une faute; l'exigence d'une faute intentionnelle ou par négligence ne vaut que pour l'action en dommages-intérêts<sup>14</sup>. Selon certains auteurs, l'action en cessation ou interdiction nécessiterait cependant que les éléments subjectifs de l'illicéité

---

<sup>4</sup> ATF 145 III 72 (consid. 2.2.1).

<sup>5</sup> Ce tiers est l'auteur principal.

<sup>6</sup> Art. 10 al. 2 let. c LDA. Dans ce sens, voir CHERPILLOD (cit. N° 3), pp. 55–56.

<sup>7</sup> ATF 129 III 588.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> CHERPILLOD (cit. N° 3), p. 64.

<sup>10</sup> ATF 115 II 42 = JdT 1989 I 531.

<sup>11</sup> CHERPILLOD (cit. N° 3), p. 64.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Au sens des art. 41 ss CO. Voir ATF 101 Ib 252 et CHERPILLOD (cit. N° 3), p. 56.

<sup>14</sup> CHERPILLOD (cit. N° 3), p. 66.

soient réalisés, en ce sens que le défendeur devrait connaître (ou avoir pu connaître) la contribution des autres participants et se rendre compte que son comportement est propre à causer un dommage<sup>15</sup>.

## 1.2. Responsabilité des fournisseurs d'accès à internet

[10] Un arrêt de principe de 2019 examine la responsabilité des fournisseurs d'accès<sup>16</sup>. En l'espèce, des portails internet étrangers mettaient à disposition des films de manière illicite. Le distributeur exclusif pour la Suisse de certains de ces films avait agi contre un fournisseur d'accès suisse pour qu'il bloque l'accès à ces portails (action en cessation de trouble).

[11] Le TF a remarqué que, comme l'action en dommages-intérêts, l'action en cessation suppose une violation du droit d'auteur et un rapport de causalité adéquate entre la contribution du participant attaqué et cette violation<sup>17</sup>. Cependant, selon le TF, les clients de la société intimée, auxquels celle-ci conférait l'accès à Internet, n'accomplissaient aucune violation du droit d'auteur en consommant des films : l'exception d'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA était applicable, même si ces films avaient été mis à disposition illicitement. Il ne pouvait donc pas y avoir de responsabilité du fournisseur d'accès pour un acte de participation<sup>18</sup>. Le TF a ensuite relevé que la protection de la LDA s'étendait aussi aux actes commis à l'étranger mais produisant leurs effets en Suisse<sup>19</sup>. En l'espèce, la question était de savoir si l'intimée, qui fournissait l'accès à Internet, répondait selon l'art. 50 al. 1 CO pour une participation à la mise à disposition illicite des films. Selon le TF, le rapport de causalité adéquate doit être apprécié dans chaque cas particulier selon les règles du droit et de l'équité au sens de l'art. 4 CC. Il implique donc un jugement de valeur. Pour qu'une participation soit adéquate, il faut un rapport suffisamment étroit avec l'acte illicite<sup>20</sup>. Dans cette affaire, la prestation de l'intimée se limitait à fournir un accès automatisé à Internet. Elle n'offrait pas à ses clients des contenus déterminés. Les auteurs principaux des violations n'étaient pas clients de l'intimée et n'avaient aucune relation avec elle. De plus, l'acte de mise à disposition était accompli déjà lorsque les films étaient placés sur Internet de sorte à pouvoir être appelés aussi depuis la Suisse. Par conséquent, de l'avis du TF, l'intimée ne contribuait pas concrètement à cet acte<sup>21</sup>.

[12] En résumé, on peut déduire de cet arrêt que le fournisseur d'accès ne participe à aucune violation du droit d'auteur, car les internautes qui accèdent au contenu bénéficient de l'exception d'usage privé et parce que lui-même n'apporte aucune contribution causale à la mise à disposition du contenu. En effet, celle-ci a lieu lorsque le contenu est placé sur Internet par le fournisseur de contenu. En d'autres termes, le fournisseur d'accès de l'internaute « consultant » ne peut pas empêcher l'acte illicite.

---

<sup>15</sup> CYRILL RIGAMONTI / MARC WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2/2018, p. 47 ss.

<sup>16</sup> ATF 145 III 72.

<sup>17</sup> Consid. 2.2.1.

<sup>18</sup> Consid. 2.2.2.

<sup>19</sup> Consid. 2.2.3.

<sup>20</sup> Consid. 2.3.1.

<sup>21</sup> Consid. 2.3.2.

### 1.3. Responsabilité des plateformes participatives

[13] Partant, force est de constater que la situation est fondamentalement différente pour les plateformes participatives telles que celle offerte par YouTube<sup>22</sup>. En effet, les internautes qui postent du contenu en violation du droit d'auteur ne bénéficient pas de l'exception d'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA. Ils tombent sous le coup d'un droit exclusif selon l'art. 10 al. 1 lit. c LDA. De plus, la plateforme apporte une contribution causale à la mise à disposition du contenu, puisque l'infrastructure qu'elle fournit la permet. La plateforme peut empêcher l'acte illicite en cessant de fournir sa prestation au fournisseur de contenu. Par conséquent, elle est susceptible d'engager sa responsabilité, d'après les règles générales, en tout cas lorsqu'elle est avertie de la violation du droit d'auteur et qu'elle s'abstient d'intervenir<sup>23</sup>.

## 2. Les nouvelles mesures de lutte contre le piratage

[14] C'est donc dans ce contexte que s'est inscrite la révision du droit d'auteur, avec l'un de ses objectifs principaux : renforcer les moyens de lutte contre le piratage<sup>24</sup>.

[15] En Suisse, la mise à disposition par les internautes de fichiers comprenant des biens protégés par le droit d'auteur tombe sous le coup de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA. En revanche, le téléchargement est couvert par l'exception d'usage privé<sup>25</sup>, dans la mesure où il est effectué à des fins personnelles. En 2007, le législateur suisse a renoncé à distinguer entre le téléchargement légal et illégal. En effet, le Conseil national a refusé d'adopter un art. 19 al. 6 LDA, qui aurait exclu l'application de la licence légale aux copies provenant d'une source manifestement illicite<sup>26</sup>. L'une des raisons de cette décision était l'impossibilité de contrôler les copies privées avec des moyens raisonnables. Bien que cette solution soit contraire à celle du droit européen<sup>27</sup>, la révision du droit d'auteur ne l'a pas remise en cause.

[16] En revanche, elle a introduit une obligation de « stay down » à charge des fournisseurs d'un service d'hébergement sauvegardant les informations saisies par les usagers<sup>28</sup>. A certaines conditions, ces fournisseurs sont tenus d'empêcher durablement qu'un contenu illicite soit à nouveau rendu accessible grâce à leurs services. Cette obligation concerne les hébergeurs présentant un risque particulier de piratage<sup>29</sup>, lesquels sont tenus de prendre les mesures qui peuvent être raisonnablement exigées d'un point de vue technique et économique compte tenu du risque de violation<sup>30</sup>. En cas de non-respect de cette obligation, les fournisseurs peuvent faire l'objet d'une

---

<sup>22</sup> Ou pour les fournisseurs d'hébergement au sens large du terme.

<sup>23</sup> CYRILL RIGAMONTI, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, sic! 3/2016, pp. 121–122.; VINCENT SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 39–40.

<sup>24</sup> Message du CF, FF 2018, p. 568 ss.

<sup>25</sup> Art. 19 al. 1 lit. a LDA.

<sup>26</sup> BO CN 2007, 1202 ss.

<sup>27</sup> Arrêt de la CJUE du 10 avril 2014, C-435/12. Voir aussi : arrêt de la CJUE du 5 mars 2015, C-463/12, consid. 79.

<sup>28</sup> Art. 39d nLDA.

<sup>29</sup> Art. 39d al. 1 lit. c nLDA.

<sup>30</sup> Art. 39d al. 2 nLDA.

action en prévention selon l'art. 62 al. 1 lit. b LDA<sup>31</sup>. Dans le cadre de l'exécution de celle-ci, l'ordre du juge pourra notamment être assorti de sanctions pénales en cas d'inexécution<sup>32</sup>.

[17] L'avant-projet du Conseil fédéral de 2015 (AP-LDA) prévoyait que, sur ordre de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, les fournisseurs d'accès basés en Suisse auraient dû bloquer l'accès aux sites internet violant le droit d'auteur, lorsque le fournisseur d'hébergement est situé à l'étranger ou dissimule son siège et lorsque les œuvres ou autres objets protégés sont déjà disponibles licitement en Suisse<sup>33</sup>. Ces mesures de blocage ont toutefois été abandonnées par le projet de révision de 2017. En revanche, il a été prévu que les ayants droit pourraient traiter les données (en particulier les adresses IP) leur permettant de faire poursuivre pénalement les violations de leurs droits, dans la mesure où ils se conforment au principe de la proportionnalité et qu'ils communiquent le but, le type de données et l'étendue du traitement de données<sup>34</sup>. Par un arrêt du 8 septembre 2010<sup>35</sup>, le TF avait en effet estimé que des sociétés privées contreviennent à la protection des données en débusquant les infractions au droit d'auteur commises sur le web, et en transmettant ensuite aux ayants droit les informations nécessaires à la poursuite en justice des contrevenants (notamment leurs adresses IP). Cette nouvelle possibilité de traitement des données est donc une réponse à cet arrêt<sup>36</sup>.

[18] L'AP-LDA prévoyait qu'à la demande des ayants droit ou de l'autorité, les fournisseurs d'accès auraient dû envoyer des messages explicatifs aux titulaires de connexions internet utilisées pour violer gravement les droits d'auteur dans des réseaux peer-to-peer<sup>37</sup>. Si deux messages explicatifs (donnés dans le délai d'une année) étaient restés sans effet, l'ayant droit aurait pu intenter une action civile par laquelle le tribunal aurait ordonné au fournisseur d'accès de communiquer l'identité de la personne dont la connexion a été utilisée pour commettre l'infraction<sup>38</sup>. Cette action aurait été soumise à la procédure sommaire<sup>39</sup>. Ce système a également été abandonné par le projet du Conseil fédéral de 2017.

[19] L'obligation de « stay down » est donc l'une des rares mesures de lutte contre le piratage ayant survécu aux affres de la procédure législative. Notre propos sera de l'expliquer plus en détail dans les lignes qui suivent.

### 3. L'obligation de « stay down »

#### 3.1. Conditions

[20] L'obligation du fournisseur d'hébergement d'empêcher le rechargement d'un contenu est soumise à trois conditions : le bien protégé doit déjà avoir été rendu accessible à des tiers de

---

<sup>31</sup> Voir art. 62 al. 1bis nLDA.

<sup>32</sup> Art. 343 CPC.

<sup>33</sup> Art. 66d AP-LDA.

<sup>34</sup> Art. 77i nLDA.

<sup>35</sup> Affaire Logistep, arrêt du Tribunal fédéral 1C\_285/2009 du 8 septembre 2010, ATF 136 II 508.

<sup>36</sup> Voir VINCENT SALVADÉ, *in* : Nathalie Tissot/Daniel Kraus/Vincent Salvadé, *Propriété intellectuelle. Marques, brevets, droit d'auteur*, Berne 2019, N° 265, p. 100.

<sup>37</sup> Art. 66g AP-LDA.

<sup>38</sup> Art. 62a AP-LDA.

<sup>39</sup> Art. 250a AP-CPC.

manière illicite par le biais du même service (3.1.1)<sup>40</sup>, le fournisseur doit avoir été rendu attentif à la violation du droit (3.1.2)<sup>41</sup> et le service doit générer un risque particulier qu'une telle violation soit commise (3.1.3)<sup>42</sup>.

### 3.1.1. Bien protégé déjà rendu accessible

[21] La première condition est donc que, par le passé, le bien protégé ait déjà été rendu accessible de manière illicite par l'hébergeur. Cela aura pu être le cas soit de manière directe, soit via des liens<sup>43</sup>. Le fichier contenant le bien protégé, ou le lien y conduisant, doit avoir été retiré par l'hébergeur conformément à l'autorégulation<sup>44</sup> ou suite à une décision judiciaire (« take down »)<sup>45</sup>. Selon RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, l'obligation de « stay down » concernerait seulement le fichier utilisé concrètement, pas le bien immatériel<sup>46</sup>. Cette interprétation nous paraît contraire au texte légal, qui mentionne bien l'« œuvre ou l'autre objet protégé par la loi »<sup>47</sup>.

[22] A remarquer que, normalement, le « take down » aura nécessité une intervention de l'ayant droit. En effet, celui-ci aura dû signaler la violation à l'hébergeur pour qu'il retire le bien protégé de son service<sup>48</sup>. D'après le Message du Conseil fédéral, ce bien protégé devra ensuite être remis en ligne pour que l'obligation de « stay down » prenne effet<sup>49</sup>. En d'autres termes, l'ayant droit devrait supporter une deuxième violation de ses droits avant que l'hébergeur ne soit tenu de prendre les mesures aptes à en éviter de nouvelles. Cela non plus ne résulte pas du texte légal et nous paraît contraire au but de la nouvelle obligation, qui est de renforcer les moyens de lutte contre le piratage.

### 3.1.2. Avertissement de l'ayant droit

[23] D'après l'art. 39d al. 1 lit. b nLDA, la violation doit avoir été signalée à l'hébergeur. Ce signalement interviendra le plus souvent par voie électronique et devra être suffisamment précis pour identifier le bien protégé et la violation<sup>50</sup>. Dans ce contexte, on relèvera l'utilité pour l'ayant droit de remettre une empreinte numérique à l'hébergeur, ce qui permettra à ce dernier d'identifier automatiquement le bien protégé grâce aux systèmes de reconnaissance numérique.

[24] D'après le Message, ce signalement concernerait le fait que l'œuvre ou l'autre objet protégé a été remis en ligne<sup>51</sup>. Il s'agirait donc d'un deuxième signalement, autre que celui ayant occasionné le « take down ». Là encore, il faut relever que cette interprétation ne résulte pas du texte légal

---

<sup>40</sup> Art. 39d al. 1 lit. a nLDA.

<sup>41</sup> Art. 39d al. 1 lit. b nLDA.

<sup>42</sup> Art. 39d al. 1 lit. c nLDA.

<sup>43</sup> Message du CF, FF 2018, p. 602.

<sup>44</sup> Sur l'autorégulation existant chez les fournisseurs d'hébergement et le code de conduite de la Simsa, voir Message du CF, FF 2018, pp. 568-569.

<sup>45</sup> Message du CF, FF 2018, p. 602.

<sup>46</sup> RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, (cit. N° 15), p. 55.

<sup>47</sup> Art. 39d nLDA, première phrase et lit. a.

<sup>48</sup> Message du CF, FF 2018, p. 604.

<sup>49</sup> Message du CF, FF 2018, pp. 602 et 604.

<sup>50</sup> Message du CF, FF 2018, p. 602.

<sup>51</sup> Message du CF, FF 2018, p. 604.

et qu'elle paraît contraire au but de la nouvelle institution. La révision de la LDA voulait donner aux ayants droit de nouveaux moyens de lutte contre le piratage. Par conséquent, pourquoi les titulaires devraient-ils tolérer deux violations de leurs droits avant que l'hébergeur ne soit tenu d'agir, quand bien même ce dernier connaissait déjà l'opposition de l'ayant droit<sup>52</sup> et alors que son service occasionne un risque particulier de piratage ?

### 3.1.3. Service générant un risque particulier

[25] Comme troisième condition, le service d'hébergement doit en effet générer un risque particulier de violation. D'après l'art. 39d al. 1 lit. c nLDA, ce risque peut provenir, notamment, du fonctionnement technique du service ou de ses objectifs économiques.

[26] Il s'agit ici de notions juridiques indéfinies, à préciser dans chaque cas particulier par le juge. Le législateur a voulu que la jurisprudence puisse tenir compte des développements futurs<sup>53</sup>. Le Message précise que l'ensemble des éléments sera déterminant pour admettre un risque particulier de violation, et non un élément isolé<sup>54</sup>. Le fait de pouvoir recharger rapidement et sans effort des contenus retirés pourra être un indice de fonctionnement technique générant un risque particulier, s'il est accompagné d'autres éléments comme un nombre anormalement élevé de dénonciations légitimes de violations de la LDA, une accumulation de liens vers des collections de liens conduisant à des contenus illicites, ou encore le fait de ne pas demander aux utilisateurs des preuves suffisantes sur leur identité<sup>55</sup>. Quant aux objectifs économiques générant un risque particulier, il pourra s'agir de ristournes, de bonifications ou de rabais, qui dépendent du nombre d'accès ou de téléchargements et qui incitent ainsi à mettre à la disposition d'un vaste public des contenus de tiers<sup>56</sup>.

[27] Une question non abordée dans le cadre de la révision, et pourtant capitale, est celle de savoir si un service d'hébergement comme YouTube génère un risque particulier de piratage. A notre avis, les éléments suivants pourraient aller dans le sens d'une réponse affirmative<sup>57</sup> :

- Chaque jour, environ 600'000 heures de vidéos seraient chargées sur YouTube : cela montre que le fonctionnement technique permet de charger des contenus rapidement et sans effort.
- De plus, chaque jour, 100 ans de vidéos seraient vérifiés pour la gestion des droits. Cela donne une idée du nombre de réclamations pour atteinte aux droits d'auteur que doit recevoir YouTube (que ce soit de manière « manuelle » ou via « Content ID »<sup>58</sup>).

[28] On remarquera aussi que la possibilité de « monétiser » ses vidéos (notamment grâce à la publicité)<sup>59</sup> pourrait créer une incitation à mettre à disposition des contenus attractifs de tiers. Les objectifs économiques de YouTube pourraient donc créer un risque particulier de piratage.

---

<sup>52</sup> Cela de par le signalement ayant occasionné le « take down ».

<sup>53</sup> Message du CF, FF 2018, p. 603.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Message du CF, FF 2018, p. 603.

<sup>56</sup> Message du CF, FF 2018, p. 603.

<sup>57</sup> Source : <https://www.webrankinfo.com/dossiers/youtube/chiffres-statistiques>.

<sup>58</sup> Voir <https://support.google.com/youtube/answer/2814000?hl=fr>.

<sup>59</sup> Voir <https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=fr>.



[29] Enfin, dans le premier commentaire relatif à l'art. 39d nLDA, on peut lire que le critère du risque particulier de violations ne doit pas être apprécié de manière trop stricte<sup>60</sup>.

[30] A notre avis, tous ces éléments tendent à démontrer qu'une plateforme comme YouTube est bien soumise à l'obligation de « stay down » lorsqu'elle fonctionne comme service d'hébergement.

### 3.2. Le principe de la proportionnalité

[31] D'après l'art. 39d al. 2 nLDA, le fournisseur devra prendre les mesures pouvant raisonnablement être exigées de lui d'un point de vue technique et économique. Cette obligation s'apprécie « compte tenu du risque de violation ». Le choix des mesures est laissé à l'hébergeur, mais celles-ci dépendent donc du cas d'espèce<sup>61</sup>. Pour le serveur d'un particulier, il suffirait de limiter l'accès aux membres de la famille<sup>62</sup>. Cela nous paraît évident, vu l'art. 19 al. 1 lit. a LDA. En effet, dans ce cas, l'exception d'usage privé sera applicable, si bien que l'auteur de la mise à disposition n'accomplira aucune violation du droit d'auteur. L'hébergeur aura donc fait le nécessaire pour éviter une telle violation.

[32] Pour les services d'hébergement mettant en relation un grand nombre de personnes, les outils numériques de reconnaissance de contenus devraient jouer un rôle important. Ils permettront en effet à l'hébergeur d'identifier automatiquement le contenu auquel il convient de bloquer l'accès<sup>63</sup>. Selon RIGAMONTI/WULLSCHLEGER<sup>64</sup>, l'affirmation du Message selon laquelle les hébergeurs « doivent contrôler manuellement ou à l'aide de logiciels si les contenus sont proposés sur Internet par le biais de liens menant vers leurs serveurs »<sup>65</sup> serait dépassée. On peut en effet penser qu'un contrôle manuel ne serait pas raisonnablement exigible de la part de services traitant des millions de contenus.

### 3.3. L'action en prévention

[33] L'art. 62 al. 1bis nLDA précise expressément qu'un droit d'auteur est « menacé » au sens de l'art. 62 al. 1 LDA en cas de violation des obligations prévues à l'art. 39d nLDA. Une action en prévention sera donc possible contre l'hébergeur qui manque à ses devoirs. Celle-ci pourra aussi être exercée par voie provisionnelle<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Voir DIETER MEIER, in : Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, 4ème édition, Berne 2020, N° 7 ad art. 39d LDA.

<sup>61</sup> Message du CF, FF 2018, p. 603.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> A ce sujet, voir en France le rapport du 30 janvier 2020 du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) : <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-protoges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions>.

<sup>64</sup> RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (cit. N° 15), p. 55.

<sup>65</sup> Cf. Message du CF, FF 2018, p. 568.

<sup>66</sup> Art. 65 lit. a LDA. MEIER, (cit. N° 60), N° 11 ad art. 39d LDA.

[34] Dans le cadre de l'exécution de l'ordre du juge, l'art. 343 CPC sera applicable<sup>67</sup>. Le tribunal de l'exécution aura donc la possibilité, notamment, d'assortir la décision de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP ou de prévoir des amendes d'ordre.

#### 4. La responsabilité délictuelle

[35] Une question non abordée lors de la révision est celle de savoir si l'obligation de « stay down » change quelque chose à la responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement. A priori, à notre avis, la réponse est affirmative.

[36] L'une des difficultés liées au régime ordinaire de responsabilité est qu'il est souvent impossible de reprocher une négligence à un hébergeur si du contenu illicite retiré est ensuite rechargé sur ses serveurs. En effet, l'hébergeur n'a pas d'obligation générale de surveillance<sup>68</sup>, et des milliers (voire des millions) de contenus sont chargés chaque jour sur ses serveurs. Dans la plupart des cas, sa responsabilité ne sera donc pas engagée tant qu'il n'est pas averti de la nouvelle violation, puisqu'on ne pourra pas lui reprocher de l'avoir fautivement ignorée (négligence).

[37] Désormais, avec le nouveau droit, si l'hébergeur viole ses obligations découlant de l'art. 39d nLDA, il accomplit un comportement qui, en lui-même, est contraire à la loi. Par conséquent, si un dommage est causé aux titulaires de droits, l'hébergeur pourra engager sa responsabilité délictuelle pour un acte illicite propre, à supposer bien sûr que toutes les conditions de l'art. 41 CO soient réalisées. L'art. 39d nLDA a manifestement pour but de protéger les titulaires de droits et les biens immatériels, si bien que sa violation sera constitutive d'une illicéité de comportement<sup>69</sup>. Celle-ci existera indépendamment de l'illicéité du résultat<sup>70</sup>, due au fait qu'un droit absolu a été atteint.

[38] Dès lors, la question ne sera plus (seulement) de savoir si le service d'hébergement participe à la violation du droit d'auteur commise par un tiers (en tant que complice), mais aussi celle de savoir s'il commet un acte illicite autonome. En cas de réponse affirmative, il répondra du dommage sur la base d'une autre cause que le tiers ayant violé le droit d'auteur. Dès lors, il y aura un concours d'actions au sens de l'art. 51 CO (solidarité imparfaite)<sup>71</sup>, qui viendra se superposer à l'éventuelle solidarité parfaite de l'art. 50 CO (si l'hébergeur a commis une faute commune avec l'auteur principal de la violation du bien immatériel).

[39] Ces conséquences relatives à la responsabilité délictuelle des hébergeurs n'ont guère été relevées jusqu'ici, mais elles nous paraissent importantes pour la protection des ayants droit, bien plus finalement que les moyens tirés de l'action en prévention.

---

<sup>67</sup> Message du CF, FF 2018, pp. 604 et 611.

<sup>68</sup> Message du CF, FF 2018, p. 580. En droit européen, voir l'arrêt du 24.11.2011 de la CJUE (C-70/10 « Scarlett Extend SA ») concernant les fournisseurs d'accès et l'arrêt du 16.02.2012 de la CJUE (C-360/10 « Netlog NV ») concernant les fournisseurs d'hébergement.

<sup>69</sup> ATF 141 III 527 (consid. 3.2). FRANZ WERRO, in : Commentaire Romand – Code des obligations I (Luc Thévenoz/Franz Werro édit.), 2<sup>ème</sup> édition, Bâle 2012, N° 76 ad art. 41 CO.

<sup>70</sup> Sur cette notion, voir WERRO (cit. N°69), N° 75 ad art. 41 CO.

<sup>71</sup> Voir WERRO (cit. N° 69), N° 11 ad Intro. art. 50–51 CO.

## 5. Le droit à rémunération pour la VoD

[40] Les art. 13a et 35a nLDA instaurent un droit à rémunération incessible et inaliénable couvrant la vidéo à la demande. Ils nécessitent que l'œuvre audiovisuelle ait été mise à disposition « licitement », soit avec l'autorisation du titulaire des droits exclusifs, en principe le producteur<sup>72</sup>. Le droit à rémunération existe parallèlement au droit exclusif de mise à disposition, et il profite aux auteurs et aux interprètes de l'œuvre audiovisuelle. Cependant, il ne concerne pas la musique contenue dans celle-ci<sup>73</sup>. Ce droit ne peut être exercé que par les sociétés de gestion agréées<sup>74</sup>.

[41] Les plateformes comme Netflix sont manifestement débitrices de la rémunération. Mais qu'en est-il des plateformes participatives ? D'après le texte légal, le droit à rémunération n'est pas applicable lorsque l'auteur, l'artiste-interprète ou leurs héritiers gèrent personnellement le droit exclusif de mise à disposition<sup>75</sup>. Donc, si une personne physique place son propre contenu sur une plateforme comme YouTube, aucune rémunération n'est due<sup>76</sup>. Mais qu'en est-il lorsque les utilisateurs de la plateforme mettent licitement à disposition du contenu créé ou interprété par des tiers ? La plateforme doit-elle alors payer la rémunération prévue par la loi ? La question est incertaine car elle n'est pas l'auteure principale de la mise à disposition, elle ne fait qu'y participer. Les principes de la responsabilité délictuelle n'étant pas applicables à la créance en paiement de la redevance<sup>77</sup>, l'art. 50 CO ne pourrait pas fonder une responsabilité solidaire de la plateforme participative. Cependant, la mise à disposition n'est possible que grâce à l'infrastructure fournie par cette dernière. La plateforme ne détermine certes pas le contenu communiqué, mais son modèle économique est basé sur la mise à disposition, qui est dès lors voulue par elle. Dans ces conditions, il y a à notre avis de bonnes raisons de considérer la plateforme comme débitrice de la redevance dans les cas où, par exemple, un producteur met à disposition un extrait d'un de ses films grâce à elle.

## 6. Conclusion

[42] L'obligation de « stay down » prévue par la nLDA est une nouveauté bienvenue pour les ayants droit, de par ses effets sur l'action en prévention et (surtout ?) sur la responsabilité délictuelle des hébergeurs. Néanmoins, plusieurs incertitudes subsistent :

- A partir de quand l'obligation de « stay down » prend-elle naissance ? Dès le « take down » ou dès la nouvelle mise en ligne du contenu et le deuxième signalement donné à la plateforme ? La réponse n'est pas sûre car les explications du Message ne correspondent pas au texte légal.

---

<sup>72</sup> SALVADÉ (cit. N° 36), N° 94, p. 39.

<sup>73</sup> Cf. art. 13a al. 5 nLDA. Sur l'historique, voir SALVADÉ (cit. N° 36), N° 98, pp. 40–41 et WILLI EGLOFF, *in* : Denis Barrelet/Willi Egloff, *Das neue Urheberrecht*, 4ème édition, Berne 2020, N° 2 ad art. 13a LDA.

<sup>74</sup> Art. 13a al. 3 et 35a al. 3 nLDA.

<sup>75</sup> Art. 13a al. 2 lit. a et art. 35a al. 2 lit. a nLDA.

<sup>76</sup> Message du CF, FF 2018, pp. 589–590.

<sup>77</sup> Ainsi, la prescription de l'art. 60 CO ne vaut pas pour cette créance : ATF 124 III 370. De manière plus générale, voir aussi : ATF 134 III 214 (consid. 2.1).

- Quels types de services sont-ils tenus au « stay down » ? Sur ce point, il faut constater que la notion de « risque particulier de violations » est sujette à interprétation.

[43] De plus, la question de savoir si le nouveau droit à rémunération pour la VoD est applicable aux plateformes participatives est également incertaine, bien qu'il y ait de bonnes raisons de penser que oui.

[44] La jurisprudence devra donc apporter des réponses à ces questions. En Suisse, la révision du droit d'auteur s'est faite dans une certaine discrétion. L'art. 39d nLDA ne correspond certes pas à l'art. 17 prévu par la nouvelle directive européenne « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique ». Mais, suivant l'interprétation qu'en donneront les tribunaux, il pourrait bien fortement renforcer la responsabilité des hébergeurs vis-à-vis des ayants droit.

---

VINCENT SALVADÉ, Dr en droit, deputy CEO de SUISA, professeur titulaire à l'Université de Neuchâtel.