

LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES AU REGARD DE LA RÉVISION DE LA LOI SUISSE SUR LE DROIT D'AUTEUR (*)

PAR VINCENT SALVADÉ

I. INTRODUCTION

La question de la responsabilité des plateformes Internet n'a été que peu abordée en Suisse lors de la révision de la loi sur le droit d'auteur. La nouveauté la plus importante est certainement l'introduction d'une obligation de « stay down » ².

À des conditions déterminées, les fournisseurs d'un service d'hébergement sauvegardant les informations saisies par les usagers sont dorénavant tenus d'empêcher durablement qu'un contenu illicite, antérieurement placé sur leurs serveurs puis retiré, soit à nouveau rendu accessible grâce à eux. En cas de non-respect de cette obligation, les fournisseurs peuvent faire l'objet d'une action en prévention selon l'article 62 alinéa 1 lettre b LDA ³.

II. CONDITIONS

La première condition de l'obligation de « stay down » est donc que, par le passé, le bien protégé ait déjà été rendu accessible de manière illicite par l'hébergeur. Cela soit de manière directe, soit via des liens ⁴. Le fichier contenant le bien protégé, ou le lien y conduisant, doit avoir été retiré par l'hébergeur conformément à l'autorégulation ⁵ ou suite à une décision judiciaire (« take down ») ⁶.

Rigamonti/Wullschleger signalent à juste titre que l'obligation de « stay down » concerne seulement le fichier utilisé concrètement, pas le bien immatériel ⁷. À noter que, normalement, le « take down » aura nécessité une intervention de l'ayant droit, qui aura dû signaler la violation à l'hébergeur pour qu'il retire le bien protégé de son service ⁸. 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 ⁹. 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 ne résulte pas du texte légal et nous semble d'ailleurs discutable vu le but de la nouvelle obligation, qui est de renforcer les moyens de lutte contre le piratage.

Deuxième condition : d'après l'article 39d alinéa 1 lettre b LDA, 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 ¹⁰. Dans ce contexte, il sera utile pour l'ayant droit de remettre une empreinte numérique à l'hébergeur, qui lui permettra d'identifier automatiquement le bien protégé grâce aux systèmes électroniques de reconnaissance. D'après le Message, le signalement indiqué à l'article 39d alinéa 1 lettre b LDA concernerait le fait que l'œuvre ou le bien protégé par les droits voisins ait été remis en ligne ¹¹. Il s'agirait donc d'un deuxième signalement, autre que celui ayant occasionné le « take down ». Là non plus, cette interprétation ne résulte pas du texte légal, qui n'exige pas que le fournisseur soit averti deux fois.

Comme troisième condition, la loi demande que le service d'hébergement génère un risque particulier de violation. D'après l'article 39d alinéa 1 lettre c LDA, celui-ci pourra provenir, notamment, du fonctionnement technique du service ou de ses objectifs économiques. Le Message précise que l'ensemble des éléments sera déterminant pour admettre un risque particulier de violation, et non un élément isolé ¹². 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 ou le fait de ne pas demander aux utilisateurs des preuves suffisantes de leur identité ¹³. 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 ¹⁴. Une question non abordée dans le cadre de la révision, mais pourtant capitale, est de savoir si un service d'hébergement comme YouTube génère un risque particulier de piratage. Pour notre part, nous répondons affirmativement, pour les raisons évoquées dans notre article de 2020 auquel nous renvoyons ¹⁵. Mais force est de constater que la formulation ouverte du texte légal introduit une certaine insécurité juridique.

III. LE PRINCIPE DE LA PROPORTIONNALITÉ

D'après l'article 39d alinéa 2 LDA, le fournisseur devra prendre les mesures pouvant raisonnablement être exigées de lui d'un point de vue technique et économique. Cette obligation s'appréciera « compte tenu du risque de violation ». Le choix des mesures est laissé à l'hébergeur et celles-ci dépendent du cas d'espèce. 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 dont l'accès doit être bloqué ¹⁶. On peut en revanche penser qu'un contrôle manuel ne serait pas raisonnablement exigible de la part de services traitant des millions de contenus ¹⁷.

IV. LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

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.

Les articles 41 et suivants CO, en particulier l'article 50 CO, peuvent être applicables aux intermédiaires qui agissent sur Internet ¹⁸. Mais l'une des difficultés liées au régime ordinaire de responsabilité est qu'il est souvent impossible de reprocher une faute 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 ¹⁹, 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).

Désormais, avec le nouveau droit, si l'hébergeur viole ses obligations découlant de l'article 39d LDA, 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'article 41 CO soient réalisées. L'article 39d LDA 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 ²⁰. Celle-ci existera indépendamment de l'illicéité du résultat ²¹, due au fait qu'un droit absolu (le droit d'auteur) a été atteint. Dès lors, la question ne sera plus (seulement) de savoir si le service d'hébergement participe selon l'article 50 CO à la violation du droit d'auteur commise par un tiers (en tant que complice, voir en tant que co-auteur selon le degré de son intervention), mais aussi celle de savoir s'il commet un acte illicite autonome du fait de la violation de son obligation de « stay down ». 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. Il y aura donc un concours d'actions au sens de l'article 51 CO (solidarité imparfaite) ²², qui viendra se superposer à l'éventuelle solidarité parfaite de l'article 50 CO (si l'hébergeur a commis une faute commune avec son client ayant conduit à la violation du bien immatériel).

VI. CONCLUSION

Avec les articles 13a et 35a LDA, la révision de la LDA a instauré un droit à rémunération incessible et inaliénable couvrant la vidéo à la demande. Ce droit ne peut être exercé que par les sociétés de gestion agréées ²³ et, d'après le Message, il a pour but de combler le « value gap », c'est-à-dire de remédier à un transfert de valeur inéquitable au détriment des auteurs ²⁴.

Mais à cette fin, l'obligation de « stay down » pourrait être plus efficace encore, de par ses conséquences sur l'action en prévention et (surtout ?) sur la responsabilité délictuelle des plateformes d'hébergement. L'article 39d LDA ne correspond certes pas à l'article 17 de la nouvelle directive européenne « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique »²⁵. Mais il renforce considérablement la responsabilité des hébergeurs. Néanmoins, la jurisprudence devra encore préciser la réglementation légale, notamment le moment où l'obligation de « stay down » prend naissance et le type de services qu'elle vise exactement.

VINCENT SALVADÉ

DOCTEUR EN DROIT, EPUTY CEO DE SUISA, PROFESSEUR TITULAIRE À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

NOTES ET RÉFÉRENCES

BIBLIOGRAPHIE

Bernadette Bucheli/David Vasella, 10. Kapitel, Die eingeschränkte Stay-Down-Pflicht gegen Piraterie-Hoster (Art. 39d URG), in Peter Mosimann (éd.), Das revidierte Urheberrecht. Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung, Bâle 2020, N 261 ss ; **Ivan Cherpillod**, Violation des droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation, in Nathalie Tissot (éd.), Quelques facettes du droit de l'Internet, volume 6, Neuchâtel 2005, p. 55 ss ; **Reto M. Hilty**, Urheberrecht, 2^e éd., Berne 2020 ; **Cyrill Rigamonti/Marc Wullschleger**, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2/2018, p. 47 ss ; **Vincent Salvadé**, La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur, Jusletter 25 mai 2020 ; **Luc Thévenoz**, in Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro (éds.), 2^e éd., Bâle 2012 (cité: CR CO I-Werro, art. x, N y).

[*] Art. 39d LDA.

[2] Voir art. 62 al. 1^{bis} LDA.

[3] Message du CF, FF 2018, p. 602.

[4] 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 ; voir aussi Bernadette Bucheli/David Vasella, N 265-266. La Simsa a aujourd'hui été intégrée à l'association

SWICO : Reto M. Hilty, N 829.

[5] Message du CF, FF 2018, p. 602

[6] Cyrill Rigamonti/Marc Wullschleger, p. 55 ; du même avis : Bucheli/Vasella (n. 5), N 285 & 292 ss. Cela ne résulte pas forcément du texte légal, mais s'impose pour des raisons de praticabilité.

[7] Message du CF, FF 2018, p. 604.

[8] Message du CF, FF 2018, pp. 602 & 604.

[9] Message du CF, FF 2018, p. 602.

[10] Message du CF, FF 2018, p. 604.

[11] Ibidem.

[12] Message du CF, FF 2018, p. 603.

[13] Message du CF, FF 2018, p. 603.

[14] Salvadé (n. 1), N 27 ss.

[15] 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>> (consulté le 25.10.2021).

[16] Dans ce sens : Rigamonti/Wullschleger (n. 7), p. 55.

[17] Ivan Cherpillod, p. 64 ; voir aussi ATF 145 III 72, pour les fournisseurs d'accès.

[18] Message du CF, FF 2018, p. 580. En droit européen, voir l'arrêt du 24 novembre 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.

[19] ATF 141 III 527 (c. 3.2) ; CR CO I-Werro, art. 41, N 76.

[20] Sur cette notion, voir CR CO I-Werro (n. 20), art. 41, N 75.

[21] Voir CR CO I-Werro (n. 20), Intro. art. 50-51, N 11.

[22] Art. 13a al. 3 et 35a al. 3 LDA.

[23] Message du CF, FF 2018, p. 571.

[24] 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, JO L 130 du 17.5.2019, p. 92 ss.

[25] 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, JO L 130 du 17.5.2019, p. 92 ss.