



Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary

1. Contexte

Les biens culturels possèdent une double nature. En plus d'être culturels, ces activités, biens et services sont aussi économiques¹, et à ce titre ils font l'objet, à l'instar de tous les biens immatériels, de la protection constitutionnelle de la garantie de la propriété². En principe, les biens immatériels confèrent des droits exclusifs : leur titulaire est la seule personne à pouvoir en disposer et, en cas de violation, à pouvoir saisir la justice pour faire valoir ses droits.

L'émergence du Web a considérablement baissé les coûts liés à la mise en circulation de musique, de films, de littérature et de logiciels, faisant ainsi pratiquement tomber une entrave aux marchés correspondants. La diffusion de ces biens à l'échelle mondiale est le fait de resquilleurs, autrement dit de personnes qui n'ont pas de coûts à amortir vu qu'elles n'ont rien investi dans la production de ces biens. Compte tenu de l'ampleur des violations des droits, une application par la voie judiciaire traditionnelle est impossible. Rien que dans le domaine de la musique, il faudrait en effet nommer quelque 170 procureurs ayant la compétence exclusive pour enquêter sur ces violations³.

Préoccupé par cette situation, le Conseil des Etats a chargé le Conseil fédéral de rédiger un rapport sur le téléchargement illégal de musique et d'étudier les mesures permettant d'y remédier⁴. Le présent rapport ne se limite toutefois pas au domaine de la musique, mais examine aussi la situation des secteurs du film et des jeux informatiques.

2. Résumé des résultats

Après dépouillement des études existantes et interrogation des milieux concernés, il s'est avéré qu'il était impossible de dégager un bilan clair sur l'impact de la mise en circulation illicite d'œuvres numériques. Alors que certains ayants droit imputent les pertes considérables qu'ils essuient à l'évolution des technologies, d'autres affirment que, dans leur secteur, les ventes sont restées stables depuis des années. Les études existantes ne permettent pas, elles non plus, de tirer des conclusions univoques. Une évidence s'impose toutefois : le marché se trouve à un tournant.

La diffusion illicite d'œuvres sur Internet n'est pas un phénomène national. Aussi les éventuelles mesures permettant de l'endiguer appellent-elles une coordination à l'échelon international. Confrontée à ce défi, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a agi dès 1996 en inscrivant dans le Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WCT)⁵ et dans le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)⁶, datant du 20 décembre 1996 également, un droit exclusif de mise à disposition et une protection des mesures techniques afin d'empêcher les utilisations illicites. La Suisse a transposé ces obligations dans sa législation en 2008 à la faveur de l'entrée en vigueur de la révision partielle du droit d'auteur. A l'heure actuelle, l'OMPI ne prévoit ni adaptation du niveau de protection, ni mesures visant à simplifier l'application des droits. Elle concentre davantage ses efforts sur les moyens permettant d'éviter que la protection des droits d'auteur n'entrave l'accès à la culture et au savoir ainsi qu'à la création culturelle par la définition de nouvelles restrictions aux droits d'auteur.

Dans le cadre des négociations en vue d'un nouvel accord de lutte contre la contrefaçon et le piratage (ACAC), les délégués d'Australie, du Canada, de la Corée, des Etats-Unis, du Japon, du Maroc, du Mexique, de la Nouvelle-Zélande, de Singapour, de la Suisse et de

¹ Voir préambule de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, RS **0.440.8**.

² ATF 126 III 148, consid. 8.a.

³ Entretien téléphonique du 21.7.2011 avec le procureur du canton de Zurich.

⁴ 10.3263 Postulat Savary. La Suisse a-t-elle besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique ?

⁵ RS **0.231.151**

⁶ RS **0.231.171.1**

l'Union européenne (UE) ont examiné des mesures contre les violations de droits d'auteur et de droits voisins dans l'environnement numérique. Ces mesures, comme la coupure de la connexion à Internet pour les auteurs d'infractions au droit d'auteur, le durcissement des sanctions ou une obligation de renseigner imposée aux fournisseurs d'accès à Internet, étaient surtout de nature répressive. Aucune majorité n'a pu être cependant ralliée autour d'une mesure de nature législative. Les parties à l'accord ACAC ont finalement donné la préférence à l'autorégulation du marché et sont convenues d'encourager des efforts de coopération dans la sphère économique pour combattre efficacement les violations de droits de marque, de droits d'auteur et de droits voisins. Leur attention s'est portée en particulier sur les fournisseurs d'accès à Internet, car ils semblent être les mieux placés pour contribuer à prévenir les violations de droits d'auteur. Les mesures envisagées allaient de la communication des données d'abonnés aux titulaires de droits à la coupure de l'accès à Internet pour les abonnés auteurs d'infractions, des procédés, donc, qui ne sont guère compatibles avec le droit suisse.

Gagnées par la même crainte que l'OMPI de voir un nouveau renforcement des droits d'auteur avoir, en fin de compte, des effets négatifs sur la société dans son ensemble, les parties à l'accord ACAC ont fini par s'accorder à veiller au respect de la concurrence loyale, de la liberté d'expression, des procédures équitables et de la protection de la sphère privée.

Le Conseil fédéral est par conséquent d'avis que le cadre juridique tracé par le législateur suisse lors de la révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur en 2008 offre pour l'heure une marge de manœuvre suffisante pour parer aux utilisations d'œuvres dans l'environnement numérique. Il serait dès lors prématuré de légiférer. Il importe de donner au marché la possibilité de s'autoréguler afin d'éviter le maintien artificiel de structures dépassées.

3. Résultats dans le détail

3.1 Introduction

Par le passé, l'existence de barrières techniques a contraint uniquement les artistes et les intermédiaires culturels (et non les utilisateurs d'œuvres) à se préoccuper du droit d'auteur. En effet, seules les personnes en possession d'une presse à imprimer ou d'une presse à vinyles, d'une part, et disposant d'un vaste réseau de distribution, d'autre part, pouvaient prétendre agir sur le marché. L'évolution technique a levé une première barrière, celle bloquant l'accès au marché. L'émergence de la photocopieuse, des magnétoscopes et des lecteurs de cassettes a permis à tout un chacun de confectionner des copies de bonne qualité. Puis, la révolution d'Internet a supprimé le second obstacle technique étant donné que la mise en circulation des œuvres ne nécessite plus un réseau de distribution coûteux. Si cette évolution est souhaitable en soi parce que les entraves au marché nuisent à la concurrence, elle pose problème en l'occurrence, et ce pour deux raisons. Les biens immatériels présentent les particularités de biens publics. Contrairement à la protection de la possession inscrite à l'art. 926, al. 1, CC⁷, il n'est pas possible de prévenir une utilisation par autrui au moyen de mesures physiques. En outre, la consommation de ces biens ne les fait pas disparaître; ils peuvent être réutilisés à l'infini. Toutes ces particularités les rendent vulnérables aux utilisations abusives par des resquilleurs.

Le fait que les utilisateurs d'œuvres étaient cantonnés dans leur rôle passif de simples consommateurs et n'avaient donc pas vraiment eu à se préoccuper des droits d'auteur jusqu'à présent vient accentuer le problème des utilisations illicites. La possibilité de confectionner des copies pour l'usage privé a certes entraîné de nombreuses violations de droits d'auteur, mais l'inscription à l'art. 19 de la loi sur le droit d'auteur (LDA)⁸ de la restriction en faveur de l'usage à des fins privées a permis de sortir les utilisateurs de l'illégalité. La révolution d'Internet a de nouveau changé la donne. Les utilisateurs d'œuvres sont devenus, à leur insu

⁷ RS 210

⁸ RS 231.1

ou par insouciance, des resquilleurs et ont induit une distorsion du marché. En réponse, les ayants droit ont décidé de défendre leurs intérêts légitimes ou prétendument légitimes pour certains, ce qui a été perçu par les utilisateurs, peu familiers des droits d'auteur, comme une restriction injustifiée.

Pour parer aux problèmes posés par le perfectionnement des possibilités de confectionner des copies et de les mettre en circulation, le législateur suisse a arrêté la réglementation suivante : la loi autorise l'utilisation d'œuvres à des fins privées mais a défini en contrepartie un droit à rémunération. Cette règle permet non seulement aux consommateurs de ne plus agir dans l'illégalité, mais protège aussi les intérêts patrimoniaux des ayants droit. Parallèlement, la loi vise à dissuader les consommateurs d'agir en resquilleurs et de causer ainsi des dommages considérables en faisant circuler des œuvres. Elle prévoit des amendes et le versement de dommages-intérêts.

3.2 Défaillance du marché des biens immatériels

Le marché des biens immatériels, au nombre desquels on compte non seulement des biens culturels comme la musique, les livres ou les films, mais aussi les jeux informatiques et les logiciels, est très souvent défaillant, comme nous l'avons démontré à la section 3.1. Or, comme la production et le commerce de ces biens présentent un intérêt macroéconomique, l'Etat a pour mission de remédier, dans la mesure du possible, à cette défaillance⁹. Si, dans de telles situations, les interventions étatiques sont susceptibles de générer des avantages macroéconomiques, elles s'accompagnent également d'effets secondaires comme des coûts supplémentaires pour l'économie dans son ensemble qu'on désigne par le terme de pertes de prospérité. Aussi longtemps que les avantages macroéconomiques l'emportent sur les coûts générés par l'intervention étatique, cette dernière est justifiée du point de vue économique. Loin d'être rigide, le calcul coûts-avantages peut tenir compte d'une nouvelle réalité. C'est pourquoi le Conseil des Etats s'est prononcé en faveur d'un examen de la solution adoptée par le législateur.

3.3 Aperçu de la littérature

Il existe de nombreuses études récentes sur la problématique de la violation des droits d'auteur résultant du partage de fichiers sur des sites en ligne ou en *peer-to-peer*. La plupart d'entre elles traitent du téléchargement de fichiers musicaux. Elles aboutissent toutefois à des conclusions très diverses en fonction des données à disposition ainsi que des hypothèses et méthodes d'analyse. Dans le cadre d'une analyse de 22 publications traitant de l'utilisation de bourses d'échange de musique, Tschmuck 2010¹⁰, par exemple, constate qu'il ressort de quatorze d'entre elles que le partage illicite de fichiers a une incidence sur le chiffre d'affaires généré par la vente de musique. Cinq études relèvent un impact positif et trois concluent que cette forme d'utilisation n'a pas d'effet significatif sur les ventes de musique. Handke 2010¹¹ parvient à des conclusions similaires dans son rapport rédigé à l'intention de l'office anglais des marques et des brevets. Les deux études les plus citées sont celle d'Oberholzer-Gee & Strumpf 2007¹² et celle de Liebowitz 2006¹³. Elles arrivent elles aussi à des conclusions très divergentes. S'agissant du partage illicite de films par le biais de sites

⁹ Concernant la théorie économique, voir p. ex. Landes, William M. & Posner, Richard H. (2003) : *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge : Harvard University Press; ou Lévêque, François & Ménière, Yann (2004) : *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley : Berkeley Electronic Press.

¹⁰ Tschmuck, Peter (2010) : *The Economics of Music File Sharing – A Literature Overview*. Mimeo, Wien : Institute of Culture Management and Culture Sciences, University of Music and Performing Arts.

¹¹ Handke, Christian (2010) : *The Economics of Copyright and Digitisation : A Report on the Literature and the Need for Further Research*. London : Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP).

¹² Oberholzer-Gee, Felix & Strumpf, Koleman (2007) : « The Effect of File Sharing on Record Sales : An Empirical Analysis ». *Journal of Political Economy*, vol. 115, no 1 (2007), pp. 1 à 42.

¹³ Liebowitz, Stan (2006) : « File Sharing : Creative Destruction or Just Plain Destruction ». *Journal of Law and Economics*, vol. XLIX, pp. 1 à 28.

en ligne, il convient de mentionner l'étude de Bounie, Bourreau et Waelbroeck¹⁴ datant de 2006. Il existe enfin une étude plus générale sur les utilisations illicites de sites de partage de musique, de films et de jeux informatiques qui a été commandée par trois ministères néerlandais en 2009¹⁵.

En plus de ces études théoriques et économétriques, qui reposent toutes sur des hypothèses de modélisation très spécifiques, il existe diverses enquêtes (pour la plupart mandataées par des associations de défense d'intérêts) qui mettent en lumière les attitudes des internautes qui utilisent des contenus numériques et la manière dont ils se procurent ces contenus. Citons l'étude Brenner¹⁶ de la *Bundesverband Musikindustrie* (la fédération allemande de l'industrie de la musique), réalisée pour la dernière fois en 2010, et l'enquête de la *Swedish Performing Rights Society* (la société suédoise pour les droits voisins) de l'année 2009¹⁷.

3.4 Situation en Suisse (état des données) et démarche

Grâce à la statistique des douanes, nous disposons en Suisse d'un bon état des données sur l'ampleur et la nature de l'importation de produits piratés sur une période prolongée. Il n'existe par contre pas de statistiques officielles concernant les actes de piratage sur Internet. Les études mentionnées au point 3.3 ne contiennent aucune donnée ou indication sur la situation en Suisse. C'est pourquoi l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) a demandé aux secteurs concernés de mettre à sa disposition les informations suivantes : chiffres d'affaires, comportements des utilisateurs et utilisations d'offres illégales sur Internet. Très intéressées par cette enquête, les branches en question ont été nombreuses à nous communiquer les chiffres relatifs à leurs offres en ligne et à leurs distribution de copies physiques. S'agissant des utilisations illégales d'œuvres sur Internet, aucun chiffre sur la situation en Suisse n'était toutefois disponible. Les milieux interrogés ont cependant cité à maintes reprises les enquêtes existantes, en particulier européennes, en précisant que la situation en Suisse était comparable.

L'étude européenne qui permet le mieux de brosser un tableau de la situation helvétique est l'étude néerlandaise mentionnée plus haut. Couvrant des domaines identiques à ceux faisant l'objet du présent rapport, elle a été mandatée par un service indépendant¹⁸ et réalisée dans un pays dont les institutions, la structure démographique et l'infrastructure technique sont semblables à celles de Suisse. Comme le montreront les deux prochaines sections, la similitude des cadres juridiques applicables, de l'infrastructure technique et d'autres paramètres entre les deux pays laisse supposer qu'une étude indépendante conduite en Suisse aboutirait aux mêmes résultats. Il paraît dès lors inopportun de consentir à des dépenses inutiles liées à la conduite d'une telle étude en Suisse.

4. Ampleur de l'utilisation d'offres illégales en Suisse

4.1 Transférabilité des résultats de l'étude néerlandaise

Le cadre juridique néerlandais régissant l'utilisation d'offres illégales ne diffère pas du cadre juridique suisse. Aux Pays-Bas comme en Suisse, ces utilisations tombent sous le coup

¹⁴ Bounie, David; Bourreau, Marc; Waelbroeck, Patrick (2006) : Piracy and Demands for Films : Analysis of Piracy Behavior in French Universities. Working Papers in Economics and Social Sciences 06-12.

¹⁵ Huygen, Annelies et al. (2009) : Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games. TNO Rapport on behalf of the Dutch ministries of Economic Affairs, Justice and Education, Culture and Science.

¹⁶ Bundesverband Musikindustrie (2010) : Brennerstudie 2010. Berlin : Bundesverband Musikindustrie.

¹⁷ STIM (2009) : Pirates, file-sharers and music users. A survey of the conditions for new music services on the Internet. Stockholm : Swedish Performing Rights Society.

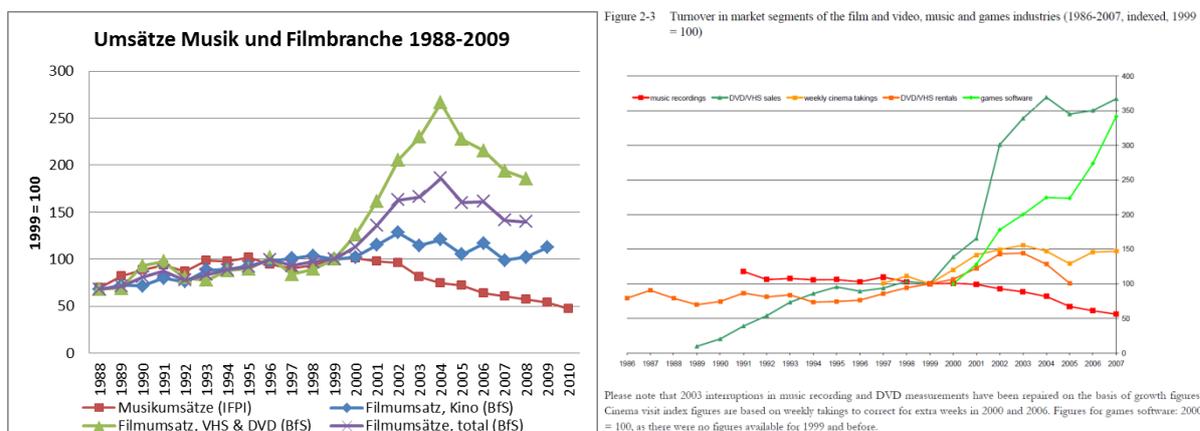
¹⁸ L'étude a été réalisée à la demande de trois ministères, celui de la Formation, de la Culture et de la Science, celui de l'Economie et celui de la Justice.

d'une restriction aux droits d'auteur comparable, qui autorise le téléchargement d'œuvres pour l'usage privé indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une offre légale ou illégale. Dans les deux pays, le champ d'application de cette restriction aux droits d'auteur ne s'étend pas aux logiciels. Comme en Suisse, la mise à disposition d'œuvres sur Internet aux Pays-Bas présuppose l'accord de l'ayant droit. Le cadre juridique ne conduit donc pas à un comportement différent chez les utilisateurs néerlandais et suisses.

La structure démographique et l'infrastructure technique des deux pays se ressemblent également. On n'observe pas de différences marquantes dans les pyramides des âges des Pays-Bas et de la Suisse. En l'an 2000, les hommes de 15 à 25 ans, autrement dit le groupe de la population comptant le plus d'internautes, représentaient 12,0 % de la population totale en Suisse et 12,2 % aux Pays-Bas. On ne relève pas de différences significatives pour les autres tranches d'âges non plus¹⁹.

Au moment de l'enquête, l'infrastructure technique des deux pays permettant d'accéder à Internet était elle aussi comparable. Alors qu'en 2008, 86,1 % des ménages néerlandais disposaient d'un accès Internet, ce pourcentage était de 77 % en Suisse²⁰. Le nombre des accès fixes à large bande en Suisse est passé de 32,7 à 37,1 pour 100 habitants entre juin 2008 et juin 2010 alors que les Pays-Bas comptaient 35,7 accès par 100 habitants en juin 2008 et 37,8 deux ans plus tard²¹. Dans les deux pays, le prix mensuel d'un accès Internet haut débit (corrige du pouvoir d'achat) est presque identique, à savoir 42,03 dollars (américains) aux Pays-Bas contre 41,64 dollars en Suisse²². Le revenu moyen par habitant est proche également : 42 738 dollars (corrige du pouvoir d'achat, 2008) en Suisse et 41 063 dollars (corrige du pouvoir d'achat, 2008) aux Pays-Bas²³.

L'évolution du chiffre d'affaires pour les biens examinés, c'est-à-dire la musique, les films et les jeux informatiques, est un indicateur essentiel permettant de juger de la transférabilité de l'étude néerlandaise. Les graphiques ci-dessous présentent les chiffres pour la Suisse (à gauche) et les Pays-Bas (à droite) :



Sources : IFPI, BfS, Huygen et al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 28.

Dans les deux graphiques, les données sont indexées (1999 = 100). Bien que les méthodes de relevé diffèrent et que les séries de données pour les ventes de jeux informatiques en

¹⁹ Voir OCDE Démographie et population (<http://www.oecd.org/dataoecd/52/31/38123085.xls>, dernière consultation le 14.07.2011).

²⁰ Voir OCDE 2008 : Indicateurs TIC (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, dernière consultation le 14.07.2011).

²¹ Voir OCDE 2008 : Indicateurs TIC (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, dernière consultation le 14.07.2011).

²² Voir la statistique de l'OCDE sur les abonnés au haut débit; données du mois d'octobre 2009 (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, dernière consultation le 14.07.2011).

²³ Voir les statistiques de l'OCDE (<http://stats.oecd.org/Index.aspx>, dernière consultation le 14.07.2011).

Suisse soient insuffisantes²⁴, il ressort des graphiques que les deux pays sont confrontés à des problèmes similaires. Aussi bien en Suisse qu'aux Pays-Bas, les ventes de musique ont pratiquement fondu de moitié entre 1999 et 2007²⁵. Dans le domaine du film, les recettes générées par les entrées de cinéma sont restées relativement stables dans les deux pays. Le chiffre d'affaires généré par les ventes de vidéos et de DVD ne sont que partiellement comparables étant donné qu'en Suisse on ne fait pas la distinction, au niveau des chiffres, entre vente et location. De manière générale, le comportement des consommateurs dans les deux pays semble avoir des conséquences analogues sur le chiffre d'affaires réalisé par le secteur du divertissement. Si l'on considère ces chiffres ainsi que les conditions techniques et démographiques, la transférabilité des résultats de l'étude néerlandaise sur la situation en Suisse paraît dès lors légitime.

4.2 Utilisations illicites de sites de partage et comportement des utilisateurs

Dans le cadre de l'étude néerlandaise, une vaste enquête²⁶ a été conduite sur le comportement des internautes ainsi que sur leurs motivations et leurs connaissances de l'illégalité de l'utilisation des sites de partage. En voici les résultats : 44 % des internautes interrogés avaient téléchargé de la musique, des films ou des jeux au cours des douze mois précédant l'enquête. Pendant la même période, 84 % ont acheté de la musique, des films ou des jeux²⁷. Une extrapolation de ces résultats sur la population suisse pendant une période de 15 ans conduit aux résultats suivants, exprimés en chiffres absolus : 2,61 millions de téléchargeurs²⁸ et 4,99 millions d'acheteurs²⁹. Près d'un tiers des Suisses de plus de 15 ans a dès lors téléchargé gratuitement de la musique, des films et/ou des jeux.

L'utilisation de sites de partage en ligne n'est pas un phénomène uniquement juvénile. S'il est vrai que chez les 15 à 24 ans ils sont deux tiers à utiliser de tels sites³⁰, on relève encore un petit tiers chez les 50 à 64 ans et un sixième chez les plus de 65 ans.

Parmi les internautes faisant usage de sites de partage, 55 % des téléchargeurs de films, 53 % des téléchargeurs de jeux et 33 % des téléchargeurs de musique estimaient posséder des connaissances d'Internet supérieures à la moyenne. Or, à la question de savoir quelle méthode de téléchargement ils avaient utilisée, un grand nombre des internautes interrogés³¹ a répondu qu'ils n'en avaient aucune idée. Près des deux tiers des internautes se rendant sur des sites de partage ont indiqué se cantonner au téléchargement de fichiers. On peut toutefois supposer qu'un bon nombre d'entre eux n'a pas conscience du fait qu'en utili-

²⁴ Il existe des données pour les années 2008 à 2010, mais selon les indications de l'association *Swiss Interactive Entertainment Association (SIEA)* et de Media-Control, qui font les relevés, elles ne constituent pas une série chronologique complète en raison des fluctuations du nombre des membres de l'association et de la limitation des relevés aux jeux électroniques pour consoles et PC (i.e. sans les jeux en ligne, p. ex. sur les smartphones).

²⁵ Selon la statistique de l'IFPI, le chiffre d'affaires de la branche musicale en Suisse se montait à 147 millions de francs environ en 2010. En 1985, il était encore plus bas et ne se chiffrait qu'à 123 millions de francs. C'est en 1995 qu'il a atteint son niveau le plus élevé : 317 millions de francs.

²⁶ 1500 Néerlandais de plus de 15 ans disposant d'une connexion à Internet ont été interrogés dans le cadre de cette enquête. Pratiquement tous ont répondu aux questions relatives à la musique et aux films et une petite moitié seulement aux questions portant sur les jeux informatiques. Les résultats de l'étude sont néanmoins représentatifs puisqu'ils tiennent compte de ces distorsions (voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 61 s.)

²⁷ Voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 63, tableau 4-1.

²⁸ Dont 2,37 millions de téléchargeurs de musique, 0,77 million de téléchargeurs de films et 0,53 million de téléchargeurs de jeux.

²⁹ Dont 4,16 millions de personnes qui ont acheté de la musique, 3,21 millions des films (sans compter les entrées de cinéma) et 1,66 million des jeux.

³⁰ Les téléchargements se répartissent comme suit : musique 62 %, films 22 % et jeux 21 %.

³¹ 48 % des téléchargeurs de fichiers musicaux, 34 % des téléchargeurs de films et 74 % des téléchargeurs de jeux.

sant des réseaux *peer-to-peer* ils mettent en général aussi à disposition des œuvres sur le Web. Ils ne sont pas plus de 5 % à avoir indiqué qu'ils savaient pertinemment qu'ils mettaient également en circulation des contenus sur la Toile. Il s'est par ailleurs avéré que, tant parmi les utilisateurs de sites de partage que parmi les non-utilisateurs, la majorité ne savait pas ce qui est légal ou non.

S'agissant du rapport entre utilisations d'œuvres sur des sites de partage illégaux et utilisations d'offres légales comme l'achat ou la location de copies, il est possible de distinguer entre trois cas de figure : téléchargement illégal de fichiers comme activité complémentaire, comme alternative ou à des fins d'information. Dans le premier cas, le comportement de l'internaute résulte vraisemblablement d'un manque de pouvoir d'achat puisqu'une nette majorité³² des personnes répond à la question de savoir si elles achèteraient plus ou moins de musique, de films et de jeux s'il n'existait pas de sites de partage par « autant ». Elles sont plus nombreuses à indiquer qu'elles achèteraient plutôt moins de musique et de DVD et plutôt plus de billets de cinéma et de jeux si les possibilités de téléchargement n'existaient pas. On peut en déduire que les sites de partage n'induisent des pertes de revenus directes qu'à la branche cinématographique et aux fabricants de jeux.

Finalement, l'effet « sampling » semble bel et bien exister et ne pas être une pure assertion justificative. En effet, 63 % des utilisateurs de sites de partage achètent au moins une fois par année de la musique qu'ils ont téléchargée. L'étude révèle que le comportement d'achat de ces utilisateurs ne se différencie que très peu de celui d'autres personnes; en ce qui concerne les films et les jeux, ils consomment même plus d'offres légales que les non-adeptes du téléchargement. Cette observation est encore plus valable s'agissant des internautes les plus actifs, à savoir les 15 à 24 ans³³.

Dans son *Schweizer Entertainment und Media Outlook*³⁴, paru pour la première fois en 2010, Price Waterhouse Coopers (PWC) subdivise le marché suisse du divertissement et des médias en onze secteurs, qui ont généré en 2009 un chiffre d'affaires de 10,7 milliards de francs suisses au total. La musique et les supports audio représentent un de ces secteurs, les jeux vidéo un deuxième et le divertissement cinématographique un troisième³⁵. Ces trois secteurs dégagent ensemble 1,23 milliard de francs suisses, soit 11,5 % du chiffre d'affaires total³⁶, ce qui correspond à environ 0,23 % du produit intérieur brut de la Suisse³⁷. Malgré l'existence de sites de partage, ce chiffre d'affaires est resté plus ou moins stable ces dernières années. Dans une société dans laquelle les revenus et la part dévolue aux loisirs sont en hausse, la demande pour des produits de divertissement a aussi tendance à augmenter. Or, comme il semble que le pourcentage du revenu disponible affecté aux dépenses dans ce secteur ne varie guère, les dépenses pour les produits de divertissement devraient être de l'ordre de la croissance du PIB. On observe toutefois des transferts au sein de ce budget. Les utilisateurs de sites de partage continuent d'investir les économies réalisées dans les divertissements.

³² Entre 54 % (musique) et 71 % (jeux informatiques) des personnes indiquent qu'elles achèteraient autant de musique et de jeux informatiques s'il n'était plus possible de télécharger ces contenus. Voir Huygen et al. 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 76.

³³ Ainsi, 68 % des personnes qui partagent des fichiers musicaux achètent aussi des titres de musique alors que ce pourcentage est de 72 % pour les non-adeptes du partage de fichiers. En ce qui concerne les films, on dénombre même plus d'acheteurs chez les adeptes du partage de fichiers (61 %) que chez les non-adeptes (57 %), voir Huygen et al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 64 s.

³⁴ PWC (2010) : Where Your Revenues Come From in 2014. Swiss Entertainment and Media Outlook 2010-2014. Zurich : PricewaterhouseCoopers Ltd.

³⁵ Les huit autres secteurs sont la radio, la publicité sur Internet réseaux fixe et mobile, la publicité à la télévision, la publicité « out of home », les revues à grande diffusion, les abonnements TV et taxes de télévision, l'accès à Internet par les réseaux fixe et mobile et les journaux.

³⁶ Qui se répartissent comme suit : musique et supports audio 2,8 %, jeux vidéo 3,8 % et films 4,9 %.

³⁷ La valeur ajoutée produite en Suisse ne représente cependant qu'une petite partie de ce chiffre d'affaires, comme nous le montrerons ci-après. La part réelle au PIB suisse est par conséquent nettement plus modeste.

Comme le montre l'étude néerlandaise, cette observation vaut particulièrement pour les plus gros téléchargeurs de copies illicites. Ils consomment certes à moindre frais de la musique téléchargée sur Internet, mais investissent les économies réalisées dans des concerts et des produits de merchandising³⁸. La commercialisation de films présente une évolution similaire. Après avoir connu un véritable boom à la fin des années 90, les ventes de vidéos et de DVD sont en recul ces dernières années, alors que les salles de cinéma affichent un chiffre d'affaires constant, voire en légère progression³⁹. Les résultats de l'étude néerlandaise semblent indiquer que les ventes de jeux informatiques ont connu une forte progression malgré l'existence des sites de partage.

Les transferts au sein du budget sont toutefois limités. Ni le marché de la musique ni le secteur cinématographique ne se sont effondrés en raison des utilisations « gratuites » sur Internet. Une explication se trouve peut-être dans la meilleure qualité des supports de données physiques par rapport à celle des copies téléchargées sur le Web, ce qui vaut particulièrement pour les films. Une autre raison importante réside dans le fait que tous les consommateurs ne savent pas forcément comment se procurer des fichiers sur la Toile. Il existe en outre des genres musicaux que les internautes écoutent moins et qui sont donc généralement moins téléchargés⁴⁰. L'effet « découverte » mentionné plus haut joue également un rôle. Une partie des utilisateurs de sites de partage se décident sciemment pour un achat après un téléchargement⁴¹. Enfin, des aspects de sécurité entrent vraisemblablement également en ligne de compte. En effet, en se connectant à un site de partage, l'internaute télécharge sur son ordinateur, qu'il utilise peut-être aussi pour ses transactions bancaires en ligne, un fichier sur la base de son seul nom, sans connaître ni le contenu ni la personne que l'a mis à disposition. Il s'expose donc à d'énormes risques en termes de sécurité informatique. Il court le danger de télécharger, en plus du fichier convoité, des logiciels malveillants (chevaux de Troie, logiciels espions, etc.). Il existe dès lors de bonnes raisons d'opter pour des offres légales malgré la possibilité des téléchargements « gratuits ».

Pour l'examen de l'impact sur l'économie nationale, ce n'est pas tant le chiffre d'affaires de la branche qui est pertinent, mais la valeur ajoutée produite par cette dernière en Suisse. Selon le rapport *Recording Industry in Numbers* de la Fédération internationale du disque (IFPI), en 2007, la vente de musique suisse⁴² ne représente que 9 % du chiffre d'affaires total de ses membres et les entrées de cinéma pour voir des films suisses que 5,4 %⁴³. En ce qui concerne les jeux informatiques, pour lesquels il n'existe aucune donnée détaillée, la part étrangère est vraisemblablement encore plus élevée. Ces chiffres montrent que le recul de la va-

³⁸ Voir p. ex. *The Economist* du 09.10.2010 : « What's working in music. Having a ball. In the supposedly benighted music business, a lot of things are making money » ou les recettes croissantes de la Suisse provenant des concerts (rapport annuel 2010, p. 40).

³⁹ Voir la statistique du cinéma et du film de l'Office fédéral de la statistique.

⁴⁰ Voir PWC 2010, p. 26 : « Les genres musicaux ne sont pas égaux devant le piratage. Jusqu'à présent, les musiques du monde, la musique folklorique suisse et la musique classique étaient moins concernées. Les auditeurs de ces genres musicaux sont en général un peu plus âgés et préfèrent acheter des copies physiques. » (*NDT : traduction libre*)

⁴¹ Voir enquêtes sur la disposition à payer pour de la musique et des films, p. ex. Huygen et. al., 2009, *supra* note de bas de page 15, p. 75 ss.

⁴² Voir IFPI (2007) : *Recording Industry in Numbers*, p. 40. 83 % des productions (mesurées en pour cent de la valeur des ventes) proviennent de l'étranger; la musique classique, pour laquelle on n'opère pas de distinction en fonction de la provenance, représente 8 %. Le rapport entre productions nationales et productions internationales est relativement stable. Voir IFPI (2006) : *Recording Industry in Numbers*, p. 64. Le transfert de fonds entre la Suisse et des sociétés de gestion étrangères corrobore ce constat : près de 34 % de la somme de répartition à disposition en 2009 ont été transférés à des sociétés sœurs à l'étranger, alors que les fonds en provenance de l'étranger ne représentaient que 10 % environ des recettes totales de la Suisse.

⁴³ Voir la statistique du cinéma et du film de l'Office fédéral de la statistique (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/02/01/data.Document.69676.xls>, dernière consultation le 14.07.2011). Les films américains (Etats-Unis) dominent le marché avec plus de 70 %; ils sont suivis par les films de l'UE avec 21 %.

leur ajoutée produite en Suisse est nettement moins important pour les trois biens culturels examinés dans le cadre du présent rapport que le déclin du chiffre d'affaires⁴⁴. Il est probable que cette tendance s'accroisse à l'avenir étant donné que dans la distribution numérique de contenus en particulier, la part de la valeur ajoutée locale se réduit à la publication et à l'encaissement.

5. Actions envisageables

Sous l'effet de l'ampleur incontestée de la mise en circulation d'œuvres protégées sur la Toile, différentes actions législatives destinées à enrayer le phénomène sont préconisées, même s'il n'est pas possible d'établir avec certitude l'impact négatif des utilisations illicites d'œuvres sur Internet sur l'ensemble de l'économie. Dans un premier temps, l'attention s'est avant tout portée sur la défense individuelle des droits exclusifs contre les auteurs d'infractions. Le nombre de ces derniers étant tellement élevé, il est cependant tout simplement impossible d'agir contre chacun d'entre eux dans la perspective d'une défense efficace des droits exclusifs⁴⁵. Il existe en outre des réserves liées à la protection des données (voir ATF 136 II 508 « Logistep »). C'est pourquoi le législateur a renoncé explicitement, lors de la révision partielle du droit d'auteur entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008, à interdire l'utilisation d'offres illégales; autrement dit, cette utilisation tombe sous le coup de l'art. 19 LDA qui régit la restriction aux droits d'auteur en faveur de l'usage privé. Il ne semble dès lors pas indiqué de revenir sur la décision du législateur pour remédier au problème.

L'idée d'avertir les auteurs d'infractions et de couper l'accès à Internet en cas de récidive (loi Hadopi) soulève des réserves de même ordre. Bien que la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi), laquelle est chargée de l'application de cette mesure en France, se prévale de quelques succès⁴⁶, il est impossible d'évaluer à l'heure actuelle l'impact de ces avertissements à long terme. D'un point de vue objectif, les effets de ce levier d'action semblent plutôt limités⁴⁷.

La réponse graduée, connue également sous l'expression anglaise « three strikes and you're out » (mécanisme de désincitation en trois étapes) nécessite la mise en place d'un lourd appareil administratif. Les coûts annuels de fonctionnement de l'Hadopi s'élèvent à 12 millions d'euros selon le budget 2011 du ministère français de la Culture et de la Communication. Enfin, il existe des doutes quant à la compatibilité de la solution française avec certains engagements internationaux de la Suisse. Il ressort d'un rapport à l'attention du Conseil des droits de l'homme de l'ONU⁴⁸ que le verrouillage d'Internet est considéré comme une violation de l'art. 19, al. 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁹.

Récemment, le débat sur les mesures répressives a surtout porté sur le rôle des fournisseurs d'accès à Internet, qui occupent de par leur activité une place de choix pour exercer un contrôle sur l'accès à la Toile. Leur rôle dans la lutte contre le piratage a aussi été au centre

⁴⁴ A défaut de données, il n'est pas possible de fournir des indications plus précises sur la valeur ajoutée produite en Suisse. Selon l'Office fédéral de la statistique, il existe des chiffres relativement détaillés pour la branche du cinéma, mais il manque des données spécifiques pour les autres branches faisant partie du secteur du divertissement. Dans la statistique de la valeur ajoutée avec la classification NOGA de 2002, la valeur ajoutée apparaît notamment dans la rubrique « Représentation d'intérêts, activités culturelles, sportives et récréatives » (91 et 92) et dans la rubrique « Edition, impression, reproduction d'enregistrements sonores, vidéo et informatiques » (22).

⁴⁵ Staatsanwälte verweigern Ermittlung (*NDT : enquête refusée par le parquet*), Focus Online du 28.03.2008.

⁴⁶ L'Hadopi a envoyé 400 000 avertissements, Le Figaro.fr du 06.06.2011.

⁴⁷ Voir les enquêtes conduites par David Touve, présentée au CISAC World Copyright Summit 2011, <http://www.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do?idDoc=21910> (dernière consultation le 14.07.2011).

⁴⁸ http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (dernière consultation le 04.07.2011).

⁴⁹ RS 0.103.2

des négociations en vue de l'accord ACAC que la Suisse a menées avec l'Australie, le Canada, la Corée, les Etats-Unis, le Japon, le Maroc, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, Singapour et l'UE. Or il s'est avéré que même entre Etats partageant les mêmes valeurs et poursuivant les mêmes buts, il était impossible de trouver un consensus allant au-delà d'un simple engagement à encourager la collaboration entre fournisseurs d'accès à Internet et titulaires de droits. Cet engagement est de surcroît assorti d'un rappel de la nécessité de protéger la concurrence loyale ainsi que les principes fondamentaux comme le droit à la liberté d'expression, à des procédures équitables et au respect de la sphère privée. Ce résultat révèle l'embarras des parties aux négociations par rapport à une approche répressive. Le verrouillage d'Internet par un fournisseur d'accès suscite des réserves comparables à celles formulées à l'égard de la réponse graduée. Ces mesures ne sont guère compatibles avec le droit à la liberté d'expression, et le fait que ce verrouillage ne soit pas ordonné par un tribunal, mais qu'il émane d'une entreprise privée le rend encore plus problématique. On évoque l'emploi de technologies de filtres en guise d'alternative, mais elles se heurtent également à des réticences liées à la protection des données. On craint, de surcroît, qu'elles ralentissent sérieusement la vitesse de connexion à Internet. Pour l'heure, cette approche ne semble donc pas non plus très prometteuse d'un point de vue pratique.

En réalité, il est légitime de s'interroger sur la pertinence des mesures répressives en vue d'endiguer les violations de droits d'auteur. L'effet préventif d'une norme légale et sa capacité à guider l'action humaine dépendent hautement de la probabilité de découvrir et de sanctionner non seulement l'infraction, mais aussi son auteur. Eu égard à l'ampleur de la violation des droits et compte tenu de la modestie des moyens dont disposent les autorités de poursuites pénales, l'action répressive aura tôt fait d'atteindre ses limites. L'influence des valeurs morales, religieuses, politiques ou sociales généralement reconnues dans une société et la pression sociale sont plus fortes que les incitations émanant du droit, qui est le plus souvent mal connu et qui reste très abstrait. Les personnes se modèlent sur leurs pairs et agissent selon les règles qui régissent leur vie quotidienne. Cette constatation fait surgir un obstacle supplémentaire : aujourd'hui, les droits d'auteur sont à ce point perçus comme une barrière entravant l'accès à la culture et leur légitimité est tellement remise en question que le parti des pirates est allé jusqu'à inscrire la libération de la culture des droits d'auteur dans son programme⁵⁰.

Alors que de larges pans de la société s'obstinent dans la voie répressive malgré ses maigres chances de succès, d'aucuns préconisent une approche permissive. Lorsque les photocopieuses et les magnétophones ont fait sauter les barrières empêchant les reproductions privées, le législateur a prévu une licence légale très étendue pour faire en sorte que les utilisateurs n'agissent plus dans l'illégalité⁵¹. En contrepartie, il a veillé à ce que les intérêts des ayants droit soient pris en compte en assortissant la restriction du droit d'auteur d'une obligation de verser une redevance pour les photocopies et sur les supports vierges. En optant pour une réglementation techniquement neutre, le législateur suisse a déjà fait en sorte que les internautes suisses qui utilisent à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées des œuvres mises en circulation illicitement sur Internet n'agissent pas dans l'illégalité. En outre, si cette utilisation conduit à une reproduction sur un support vierge, l'ayant droit se verra verser une indemnisation.

Mais Internet a aussi fait tomber les barrières qui empêchaient la mise en circulation d'œuvres. Il convient dès lors de se poser la question de savoir s'il ne serait pas judicieux de s'inspirer de la réglementation régissant la photocopie et de prévoir une licence légale pour la mise à disposition d'œuvres sur Internet à des fins non commerciales tout en l'assortissant d'un droit à rémunération qui prendrait la forme d'un forfait (*flatrate*). Cette solution présenterait le double avantage de sortir surtout les enfants et les jeunes de l'illégalité et d'indemniser aussi des utilisations comme la lecture en continu (*streaming*), qui, en vertu du droit actuel et en l'absence d'une reproduction sur un support vierge, ne donne droit à aucune rémunération. Le forfait ne fait toutefois pas non plus l'unanimité. D'une part, il n'est pas certain que le

⁵⁰ http://www.partipirate.ch/programme_du_parti (dernière consultation le 04.07.2011).

⁵¹ FF 1989 III 522

public accueille favorablement une telle solution. En effet, la motion « Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit »⁵² et la pétition « Stop aux taxes SUISA sur les supports vierges »⁵³ montrent que la population juge ces systèmes quelque peu injustes. Leur mode de compensation, en effet, n'est équitable que globalement parlant et pas nécessairement dans un cas d'espèce. D'autre part, il faudrait s'assurer de la compatibilité d'une telle licence légale avec les engagements internationaux de la Suisse. Le droit de mettre à disposition des œuvres sur Internet est un droit exclusif aux termes des traités Internet de l'OMPI – le WCT et le WPPT – qui autorisent certes des restrictions et des exceptions, mais uniquement à condition qu'elles se limitent à des cas spéciaux qui n'entravent pas une exploitation normale de l'œuvre. Autoriser de manière générale la diffusion d'œuvres à des fins non commerciales équivaldrait à substituer une licence légale à un droit exclusif et dépasserait les limites de ce qui peut être considéré comme un cas spécial. A cet égard, il convient de rappeler que les ayants droit peuvent convenir de leur plein gré de modèles similaires en faisant usage de leur liberté contractuelle; il n'y a donc pas lieu pour le législateur d'agir. Il serait par exemple envisageable que les grandes sociétés de médias et les sociétés de gestion passent des accords portant sur une autorisation étendue assortie d'un forfait avec les fournisseurs d'accès à Internet en vue d'autoriser une utilisation de leurs répertoires par les abonnés de ces derniers.

6. Conclusions

En premier lieu, force est de constater que l'évolution technique, autrement dit l'augmentation de la bande passante et la densité des connexions à Internet, en particulier des connexions mobiles, va aller en s'accroissant. Ensuite, le nombre des *digital natives*, c'est-à-dire la génération des internautes qui ont toujours connu Internet, va aussi se multiplier. Une numérisation croissante du marché des biens de divertissement semble dès lors probable. On est en outre en droit de supposer que les économies induites par l'utilisation d'offres illégales continueront d'être dépensées dans le secteur du divertissement, de sorte que les dommages subis par la branche dans son ensemble devraient être limités.

S'agissant de la mise à disposition de nouveaux contenus numériques, il faut relever que l'évolution des conditions techniques modifie les incitations à produire de nouvelles œuvres. Lorsque la reproduction et la mise en circulation d'un nouveau produit sont possibles pratiquement sans frais et que le producteur de ce bien ne voit pas comment amortir ses investissements ni comment dégager des gains, soit il cessera de produire ce bien, soit il essaiera, à l'aide de biens complémentaires moins aisés à copier (merchandising), de compenser le manque à gagner. Ces changements structurels et les adaptations qu'ils appellent sont toutefois caractéristiques de périodes dans lesquelles une nouvelle technologie se substitue à une ancienne à la faveur du progrès technique.

Un ayant droit interrogé dans le cadre de l'enquête de l'IPI mentionnée au début du présent rapport a déclaré très justement que le problème n'était pas nouveau, mais qu'il était déjà apparu dans les années 70 dans le domaine du livre. Selon lui, à chaque fois qu'une nouvelle technologie a émergé sur le marché, qu'il s'agisse de la photocopieuse Xerox, du magnétoscope, du téléphone cellulaire ou d'Internet, elle a toujours été l'objet d'utilisations abusives. Ce serait le prix du progrès. Les gagnants seront ceux qui sauront tirer profit, notamment sur le plan commercial, des avantages de cette nouvelle technologie, les perdants ceux qui auront raté ce virage technologique et qui s'obstineront dans des modèles d'affaires dépassés. Les pronostics, du moins pour la Suisse, pour les trois domaines examinés dans le

⁵² 08.3589 Motion Stadler. Droit d'auteur : moins de procès, davantage d'argent pour les ayants droit.

⁵³ www.tropdetaxes.ch (dernière consultation le 04.07.2011).

présent rapport, à savoir la musique, les films et les jeux informatiques, sont généralement bons⁵⁴.

Une action du législateur ne semble par conséquent pas s'imposer dans l'immédiat. Il importe toutefois de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence. Il est en revanche impératif que les milieux concernés et la Confédération poursuivent leur travail d'information et de sensibilisation du public⁵⁵ afin de rendre le cadre juridique actuel plus transparent au niveau national.

3003 Berne, août 2011

⁵⁴ Le *Schweizer Entertainment und Media Outlook 2010-2014* de PWC 2010 prévoit, pour la période citée, une croissance annuelle moyenne de 0,9 % pour la musique et les supports audio, de 3,5 % pour les vidéos et le cinéma et de 6,9 % pour les jeux informatiques. Voir PWC 2010 *supra* note de bas de page 34.

⁵⁵ A l'instar de ce que fait STOP A LA PIRATERIE, la Plate-forme suisse de lutte contre la contrefaçon et la piraterie.