

## Les réponses graduées française et britannique : des coups d'épée dans l'eau ou des modèles pour le Canada ?

Estelle Derclaye\*

INTRODUCTION . . . . .	573
1. PRÉSENTATION DES LOIS FRANÇAISES ET BRITANNIQUE . . . . .	574
1.1 HADOPI 1 . . . . .	575
1.2 HADOPI 2 . . . . .	578
1.3 <i>Digital Economy Act – Loi sur l'économie numérique</i> . . . . .	580
2. COMPARAISON ET CRITIQUE . . . . .	584
2.1 Problèmes communs aux deux systèmes . . . . .	585
2.2 Ressemblances . . . . .	588

---

© Estelle Derclaye 2010.

\* Professeure associée en droit de propriété intellectuelle à l'Université de Nottingham. Une version antérieure de cet article a été présentée au congrès annuel de l'ALAI Canada le 1<sup>er</sup> juin 2010. Je remercie Y. Gendreau pour l'invitation à présenter à la conférence et G. Roussel pour l'offre de publier une version plus élaborée de mon intervention dans ce volume des *Cahiers de propriété intellectuelle*.

2.3 Différences . . . . .	589
3. ALORS, LA RÉPONSE GRADUÉE : UN MODÈLE POUR LE CANADA ? . . . . .	590

## INTRODUCTION

Cela fait plus de quinze ans déjà qu'Internet et le World Wide Web sont nés, soit largement le temps d'une génération. Une génération qui n'a jamais vécu sans Internet et qui n'entend pas « consommer » les œuvres de la même manière qu'auparavant, ce qui pousse les titulaires de droit à devoir changer constamment de stratégie et de modèles d'affaires pour pouvoir empêcher la contrefaçon et récupérer leurs investissements. Comme on le sait trop bien, la technique dépasse toujours l'évolution de la loi, et dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, ce phénomène est décuplé.

En effet, depuis que le numérique, et encore plus Internet, existent, les efforts des ayants droit pour endiguer la contrefaçon ont résulté en des échecs plus ou moins cuisants. Les mesures techniques sont facilement et donc régulièrement contournées, le *notice and take down* souvent peu efficace, les procès contre les contrefacteurs privés impopulaires et à effet boomerang. Le dernier système en date inventé par les titulaires de droit pour mettre fin à la contrefaçon sur Internet est la fameuse réponse graduée – en anglais *three strikes and you're out*. Selon ce système, les fournisseurs d'accès doivent sur requête des titulaires de droits envoyer des avertissements à leurs abonnés qui persistent à télécharger illégalement des contenus protégés et leur couper leur connexion Internet au bout de deux ou trois avertissements ou diminuer la bande passante de ladite connexion, cette sanction étant sous le contrôle du juge. Cette réponse graduée va-t-elle vraiment fonctionner ou va-t-on devoir attendre que les logiciels de filtrage soient performants et voir les titulaires de droit faire pression pour imposer le filtrage aux fournisseurs d'accès et hébergeurs ?

Cet article examine les systèmes britannique et français de réponse graduée instaurés pour empêcher la contrefaçon sur Internet c'est-à-dire les lois HADOPI 1 et 2 et le *Digital Economy Act*, que l'on nommera ci-après « Loi sur l'économie numérique », et les compare pour voir s'ils pourraient servir de modèle pour le Canada. En effet, les lois française et britannique sont pertinentes puisque ce

sont celles des anciens pays colonisateurs du Canada et leurs lois sur le droit d'auteur influencent toujours un tant soit peu la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne. De plus, depuis quelques années, le Canada tente de réviser sa *Loi sur le droit d'auteur*, mais n'y est pas encore arrivé. Cependant, un tout nouveau projet de loi vient d'être présenté ce 2 juin 2010<sup>1</sup> et peut-être qu'à cette occasion, le Canada pourra envisager un tel modèle ou plutôt remettre cela à plus tard en attendant de voir ce que donne l'expérience française et britannique pour décider ou non d'intégrer un tel système.

## 1. PRÉSENTATION DES LOIS FRANÇAISES ET BRITANNIQUE

La France connaît deux lois sur le sujet : HADOPI 1, c'est-à-dire « la Loi n° 2009-669 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet » qui date du 12 juin 2009 et HADOPI 2, c'est-à-dire « la Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet »<sup>2</sup>. La loi britannique sur l'économie numérique date, elle, du 8 avril 2010<sup>3</sup>. Toute loi nationale sur le sujet doit se conformer au « paquet télécom », c'est-à-dire à la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE, relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques<sup>4</sup>. L'article 1(1)(b) de la directive 2009/140/EC insère un paragraphe 3a dans la directive 2002/21/EC, qui prévoit que, pour sauvegarder les droits et libertés fondamentales dans une société démocratique, des mesures déconnectant les abonnés qui téléchargent des fichiers contrefaits sur Internet peuvent seulement être prises en respectant le principe de la présomption d'innocence et le droit à la vie privée. Une procédure antérieure, juste et impartiale doit être également garantie. En gros, cela revient à dire que seule une juridiction peut décider de couper la connexion Internet d'un abonné ou, à tout le moins, une personne indépendante et impartiale, et non pas une autorité administrative quelconque pour laquelle ces principes ne sont pas obligatoires (ce qui était le cas dans la version anté-

1. Projet de loi C-32, disponible sur <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4580265&Mode=1&Language=F>>.

2. Toutes les deux sont disponibles sur <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>.

3. Disponible sur <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/ukpga\\_20100024\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/ukpga_20100024_en_1)>.

4. OJ, 2009, L337/37.

rieure de la loi française que le Conseil constitutionnel a sanctionnée)<sup>5</sup>.

### 1.1 HADOPI 1

Les deux lois sont surnommées HADOPI, du nom de l'autorité qui régule la contrefaçon sur Internet, c'est-à-dire la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet. La loi HADOPI 1 fait essentiellement trois choses : i) elle instaure un nouveau système d'avertissement et d'action pour décourager la contrefaçon sur Internet (la réponse graduée), ii) elle accélère le calendrier d'exploitation des films cinématographiques en vidéo, en vidéo à la demande et à la télévision pour faire en sorte que l'offre légale soit attirante et, enfin, iii) elle crée de nouvelles règles pour la presse dans l'ère numérique<sup>6</sup>. Ce qui nous intéresse plus particulièrement est le premier volet de la loi. Cependant, nous traiterons brièvement du deuxième volet car il est relié au premier, comme nous le verrons.

Comment le système de réponse graduée fonctionne-t-il ? Tout d'abord, la loi prévoit des obligations de part et d'autre, c'est-à-dire pour les fournisseurs d'accès et pour les abonnés de ceux-ci, autrement dit, les utilisateurs d'Internet. Ainsi, le nouvel article L 336-3 du *Code de la propriété intellectuelle* prévoit que :

[l]a personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou

5. Plus de détails sur ce point ci-après.

6. Sur ces lois, voir entre autres ENTRAYGUES (A.), « The Hadopi Law – new French rules for creation on the Internet », (2009) 20 :7 *Ent. L.R.* 264-266 ; STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », [2009] 1 *W.I.P.O.J.* 75-86 ; LUCAS (André) *et al.*, « Chronique Droit d'auteur et droits voisins », (2009) 32 *Propriétés Intellectuelles* ; LUCAS (André) *et al.*, « Chronique Droit d'auteur et droits voisins », (2010) 34-35 *Propriétés Intellectuelles* ; ALLEAUME (C.), « Le projet de loi « Création et Internet » du 18 juin 2008 », (2008) 29 *Propriétés Intellectuelles* 388-392 ; MARINO (L.), « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2) », (2010) *Rec. Dalloz* 160 ; POLLAUD-DULIAN (F.), « Téléchargement illicite, suspension d'accès à Internet, droit d'auteur des journalistes », (2009) *RTD Com.* 730.

par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.<sup>7</sup>

La loi prévoit aussi que les fournisseurs d'accès doivent mentionner à leurs abonnés les mesures qui peuvent être prises par l'HADOPI et les sanctions civiles et pénales qui peuvent être encourues, ainsi que « les caractéristiques essentielles de l'utilisation autorisée d'une œuvre ou d'un objet protégé, mis à disposition par un service de communication au public en ligne ». La réponse graduée comporte deux stades : un premier stade d'avertissement mené par la Haute Autorité, et un deuxième stade, judiciaire, mené contre les contrefacteurs récalcitrants (voir les articles L 331-24 à 331-26 qui insèrent un titre III au livre III de la première partie du *Code de la propriété intellectuelle* intitulé « Prévention, procédures et sanctions »).

Pour initier le premier stade, certaines entités listées peuvent prévenir l'HADOPI en lançant une action identifiant les contrefaçons commises durant les six derniers mois (l'HADOPI ne peut être saisie pour des faits remontant à plus de six mois). Ces entités sont les organismes de défense professionnelle, les sociétés de gestion collective et le Centre national de la cinématographie ainsi que le procureur de la République. L'HADOPI vérifie alors si les utilisateurs en question n'ont en effet pas respecté leur obligation de ne pas utiliser leur accès Internet pour la reproduction ou la communication d'objets protégés par le droit d'auteur ou les droits voisins sans autorisation. Si c'est le cas, l'HADOPI envoie un courriel d'avertissement à l'utilisateur qui lui rappelle son obligation susnommée et lui enjoint de la respecter. Ce courriel informe aussi l'abonné sur « l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3, ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins » (art. L 331-26). Si, dans les six mois, l'utilisateur a de nouveau enfreint son obligation, l'HADOPI envoie un deuxième courriel qu'elle peut si elle le souhaite assortir d'une lettre recommandée ou d'un autre moyen pour établir la preuve de la date d'envoi. Les deux avertissements doivent indiquer les date et heure des faits allé-

7. Le texte est ambigu. Voir MARINO (L.), « La loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (dite HADOPI 2) » (2010) *Rec. Dalloz* 160, au paragraphe 9, où l'auteur se demande si les actes visés par la disposition incluent le visionnement sur les sites de *streaming*.

gués de contrefaçon, mais l'HADOPI n'est pas obligée d'indiquer les œuvres protégées. L'utilisateur peut demander au comité en question de l'HADOPI des informations complémentaires sur les œuvres et envoyer ses commentaires. Enfin, si l'utilisateur récidive une troisième fois, une procédure judiciaire est engagée devant le Tribunal de Grande Instance, le cas échéant, statuant en référé et le tribunal peut ordonner « toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier » (art. L. 336-2). Le terme « toutes mesures propres » inclut donc la suspension de l'accès à Internet ou la neutralisation de la communication illicite<sup>8</sup>. L'HADOPI a donc un rôle de prévention, la répression étant laissée aux autorités judiciaires.

Jetons un œil maintenant brièvement sur le deuxième volet de la loi, en d'autres mots, la nouvelle chronologie des médias pour les films (chapitre V de la loi). Avant la loi, en France, la chronologie des médias permettait l'exploitation en vidéo six mois après la diffusion du film en salles, en vidéo à la demande 33 semaines après la diffusion du film en salles et, enfin, à la télévision un an après la diffusion du film en salles. La loi modifie cette séquence, car les films sont maintenant rapidement disponibles illégalement sur le web. La chronologie est donc rendue plus rapide pour tenter d'endiguer cette contrefaçon. Selon le nouveau système, la chronologie est de quatre mois pour les vidéos (ou même trois mois, mais sur autorisation du centre national de la cinématographie dans ce cas), idem pour la vidéo à la demande (sur base d'accords collectifs professionnels) et laissé aux accords de distribution pour la télévision. Ce volet est lié à la réponse graduée, car il entend réduire la contrefaçon sur Internet et donc la nécessité de recourir aux *three strikes* en offrant des contenus légaux plus rapidement pour répondre à la demande. Encore faudra-t-il que les prix soient raisonnables pour décourager les téléchargements illicites, ce que la loi bien sûr ne régule pas<sup>9</sup>...

Enfin, il est utile de mentionner le chapitre IV de la loi HADOPI qui insère un nouvel article dans le *Code de l'éducation*

8. POLLAUD-DULIAN (F.), « Téléchargement illicite, suspension d'accès à Internet, droit d'auteur des journalistes », (2009) *RTD Com.* 730.

9. Ce serait contraire très certainement au droit de la concurrence. Il est intéressant de noter que les prix entre les cédéroms audios ont nettement baissé depuis quelques années à cause du téléchargement illicite et aux nouveaux modèles d'affaires qui permettent d'acheter les chansons individuellement plutôt que de devoir acheter tout l'album. On verra peut-être le prix des dévédéroms également chuter à cause du téléchargement illicite.

(art. L 312-6, par. 4). Celui-ci requiert que « les élèves reçoivent une information sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin pour la création artistique », et cela dans le cadre des enseignements artistiques obligatoires existant dans les écoles primaires et secondaires. L'article est assez vague, car il ne requiert qu'une « information ». Quelques mots suffiraient donc pour que l'enseignant respecte la loi ! Mais même si une heure de cours y est consacrée, elle n'aura peut-être pas d'effet sur les adolescents rebelles difficiles à « endoctriner ». Par contre, cette « information » aura, on l'espère, plus d'effet sur les élèves d'écoles primaires<sup>10</sup>.

## 1.2 HADOPI 2

HADOPI 2 prévoit des sanctions supplémentaires en cas de contrefaçon – en résumé la déconnexion temporaire à Internet. En effet, en France la contrefaçon est un délit et le contrefacteur peut encourir des sanctions pénales en plus des sanctions civiles. Lesdites sanctions pénales sont trois ans de prison et 300 000 € d'amende (art. L 335-2). La déconnexion s'ajoute donc à ces deux sanctions principales. Tout dépendra de la gravité des faits.

Le nouvel article 335-7 du *Code de la propriété intellectuelle* prévoit que :

Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent *en outre* être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur. [les italiques sont nôtres.]

Cette sanction est donc la fameuse déconnexion qui complète les deux avertissements exposés ci-dessus. La loi prévoit que la sanction de déconnexion ne s'applique pas aux autres services (tels téléphone, télévision) auxquels l'abonné souscrirait en combinaison avec Internet. Par contre, la déconnexion n'entraîne pas la suspension du

10. Voir POLLAUD-DULIAN (F.), « Téléchargement illicite, suspension d'accès à Internet, droit d'auteur des journalistes », (2009) *RTD Com.* 730, où l'auteure est aussi sceptique quant à l'effet de cette disposition.



paiement de l'abonnement à Internet. La sanction est donc double puisque l'utilisateur est déconnecté, mais doit toujours payer pour un service qu'il ne recevra plus pendant maximum un an.

La loi ajoute que « [l]es frais d'une éventuelle résiliation de l'abonnement au cours de la période de suspension sont supportés par l'abonné. » La loi prévoit aussi une sanction pour le fournisseur d'accès qui ne met pas en œuvre la peine de suspension qui lui a été notifiée, l'amende à payer étant de 5 000 € maximum. Non seulement la peine supplémentaire de déconnexion s'applique aux utilisateurs qui téléchargent illégalement, mais aussi à ceux qui ne le font pas eux-mêmes mais qui, parce qu'ils ne sécurisent pas leur connexion Internet, permettent à d'autres de le faire. Dans ce cas, l'article 335-7-1 prévoit que la déconnexion ne peut se faire qu'après qu'une lettre recommandée ait été envoyée à l'abonné par l'HADOPI et la négligence de l'abonné doit être caractérisée, celle-ci s'appréciant « sur la base des faits commis au plus tard un an après la présentation » de la lettre recommandée. La déconnexion est d'une durée maximale d'un mois.

Enfin, la loi prévoit que si les abonnés, dans les deux cas décrits ci-dessus, ne respectent pas leur obligation de ne pas souscrire à un autre abonnement Internet durant la durée de la déconnexion, ils sont punis d'une amende d'un montant maximal de 3 750 €. L'HADOPI 1 prévoit également des obligations au juge quand il prononce les peines de suspension prévues aux articles L 335-7 et 335-7-1. Selon l'article L 335-7-2, le juge « prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ». La loi fait donc référence directe au « conflit » entre les deux droits de l'homme en jeu : le droit de propriété (intellectuelle) et le droit à la liberté d'expression et à leur nécessaire équilibre.

### 1.3 Digital Economy Act – Loi sur l'économie numérique

Comme la loi française, la loi ne s'occupe pas uniquement de *copyright*<sup>11</sup>. À part ses mesures concernant la contrefaçon en ligne, la loi britannique a aussi pour but de :

- moderniser l'infrastructure numérique des communications du Royaume-Uni, en particulier le spectre du réseau mobile et de la radio numérique,
- réguler les pouvoirs en relation avec les registres des noms de domaines,
- soutenir les nouvelles locales et régionales au Royaume-Uni, en mettant à jour les licences et le fonctionnement de certaines chaînes de TV (ITV, Channels 3, 4 et 5),
- améliorer la confiance du public dans les activités numériques en sécurisant le réseau de communications.

À propos de la contrefaçon en ligne, comme nous le verrons, la loi britannique va plus loin que la loi française en ce sens que les fournisseurs d'accès peuvent aussi être obligés de couper l'accès à des sites comme BitTorrent, Pirate Bay, etc. qui permettent le téléchargement de fichiers. Il y a donc deux systèmes : un qui sanctionne les abonnés à Internet suspectés de contrefaçon (coupant ou limitant leur connexion) et un autre qui impose aux fournisseurs d'accès de bloquer l'accès à certains sites en général. Les mesures ne sont pas encore en vigueur mais le processus décrit dans la loi devrait prendre environ dix-huit mois<sup>12</sup>. Les articles 3-16 de la loi qui concernent la réponse graduée modifient le *Communications Act 2003* (ci-après Loi sur les communications) et y ajoutent des articles 124A-K. Le système pour endiguer la contrefaçon en ligne est assez compliqué. Il ne peut commencer qu'avec la rédaction d'un code et l'approbation de

---

11. Pour un commentaire sur la loi, voir KOEMPEL (F.), « Digital Economy Bill – Legislative comment », (2010) 16 :2 *C.T.L.R.* 39-43. On notera que la loi ne s'occupe pas uniquement de contrefaçon en ligne, mais qu'elle comporte aussi quelques autres dispositions sur le droit d'auteur, c'est-à-dire l'art. 42 (augmentation des sanctions concernant les objets contrefaisants et les enregistrements illicites) et l'art. 43 (le droit de prêt est simplement adapté pour les livres numériques (*e-books*) et les livres parlants (*audio-books*)).

12. [26 avril 2010] *Lawtel News*, « Digital Economy Act 2010 powers will eliminate illegal file sharing », Interview avec Adam Liversage, représentant du British Phonographic Institute (BPI).

celui-ci par OFCOM (le régulateur britannique des communications). On peut décomposer le système en quatre stades :

#### 1<sup>er</sup> stade

Selon le nouvel article 124C de la Loi sur les communications, un code détaillant les obligations des fournisseurs d'accès doit être modelé par « toute personne » (on suspecte les différents acteurs fournisseurs d'accès, ayants droit, (associations de) consommateurs / utilisateurs). Ensuite, OFCOM l'approuve s'il le juge approprié et ne peut le faire que si le code respecte les critères de l'article 124E (c'est-à-dire, notamment, comment les fournisseurs doivent conserver l'information sur leurs abonnés et la durée pendant laquelle ils peuvent la conserver, les dispositions du code sont objectivement justifiables, proportionnées et transparentes). Il ne peut y avoir qu'un seul code à la fois. Une fois le code approuvé, les obligations des fournisseurs d'accès débuteront. Mais en attendant le premier code, OFCOM doit en établir un qui respecte aussi les critères de l'article 124E (article 124D). Si tout va bien, on s'attend à ce qu'un code soit opérationnel six mois après l'adoption de la Loi sur l'économie numérique soit en octobre 2010<sup>13</sup>, mais les informations les plus récentes parlent plutôt de début 2011<sup>14</sup>. Open Rights Group, Communications Consumer Panel, Consumer Focus, Which et Citizens Advice ont déjà joint leurs forces pour rédiger une liste de principes qui devraient gouverner le code<sup>15</sup>. OFCOM a, lui, déjà (le 28 mai 2010) publié son projet de code d'obligations initiales<sup>16</sup>. Le code contient notamment des modèles de lettres types (avertissements) à envoyer aux abonnés concernés. Celui-ci fait l'objet d'une consultation qui prend fin le 30 juillet 2010.

#### 2<sup>e</sup> stade

Les obligations initiales des fournisseurs d'accès détaillées dans ledit code sont au nombre de deux. Premièrement, les fournisseurs d'accès doivent collecter des informations dénominalisées sur les contrefacteurs récidivistes sérieux<sup>17</sup> (basées purement sur les notifi-

13. KOEMPEL (F.), « Digital Economy Bill – Legislative comment », (2010) 16 :2 *C.T.L.R.*, 39-43, 40.

14. Voir <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/10183820.stm>>.

15. Voir <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/10183820.stm>>.

16. *Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010 – Draft Initial Obligations Code*, disponible sur <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/copyright-infringement/condoc.pdf>.

17. Les notes explicatives proposent une définition de « contrefacteur récidiviste sérieux » comme étant quelqu'un qui a reçu cinquante rapports de contrefaçon.

cations qui leur sont données par les titulaires de droits). Ces informations doivent être fournies sur demande aux titulaires de droits sous la forme de « listes de contrefaçon de droit d'auteur ». Mais sans un ordre du juge, l'identité des contrefacteurs restera anonyme pour les titulaires de droits (art. 124B). Les titulaires doivent donner la preuve de la contrefaçon apparente, c'est-à-dire une description des œuvres en question, la date, l'heure et l'adresse IP. Deuxièmement, les fournisseurs d'accès doivent envoyer des lettres ou courriels aux abonnés supposés coupables de contrefaçon. Dans une période d'un mois à compter de la contrefaçon alléguée, le titulaire de droits envoie un rapport au fournisseur d'accès qui en informe son abonné aussi dans un délai d'un mois (article 124A). Ce dernier rapport comprend toute une série d'informations, notamment le nom du titulaire de droit, la preuve de la contrefaçon alléguée, les moyens qu'a l'abonné de se défendre et, comme en France, le rapport indique aussi les buts du droit d'auteur et les moyens d'obtenir un accès légal aux œuvres protégées.

Le code couvrira donc la procédure, incluant la façon dont les titulaires de droit détectent la contrefaçon, le standard de preuve à soumettre aux fournisseurs d'accès dans un rapport de contrefaçon et la procédure d'appel. Le code contiendra aussi les détails que doit indiquer la notification (c'est-à-dire la description de la contrefaçon alléguée, de l'information sur le but du droit d'auteur, sur les sources légales de contenu protégé, sur les moyens de sécuriser sa connexion...)<sup>18</sup>.

### 3<sup>e</sup> stade

Que se passe-t-il ensuite ? L'article 124F requiert qu'OFCOM prépare des rapports tous les six mois et des rapports intérimaires tous les trois mois détaillant le progrès des notifications aux abonnés pour que le ministre de l'Intérieur puisse juger de leur efficacité. Entre autres, ces rapports évaluent le niveau de contrefaçon et les changements potentiels suivant les obligations initiales des fournisseurs d'accès, les activités des titulaires de droits pour permettre un accès légal aux œuvres protégées, l'impact des activités des titulaires de droits pour changer l'attitude du public sur la contrefaçon de droit d'auteur et l'étendue des procédures judiciaires que les titulaires de

---

Voir KOEMPEL (F.), « Digital Economy Bill – Legislative comment », (2010) 16 :2 *C.T.L.R.*, 39-43, 39.

18. KOEMPEL (F.), « Digital Economy Bill – Legislative comment », (2010) 16 :2 *C.T.L.R.*, 39-43, 40.

droits ont entamées contre les abonnés qui ont été le sujet de rapports.

4<sup>e</sup> stade

Au vu de ces rapports, l'article 124G prévoit que le ministre de l'Intérieur peut requérir d'OFCOM d'évaluer si une ou plusieurs obligations techniques soient imposées aux fournisseurs d'accès. Une « obligation technique » est définie par le même article de la loi comme étant une obligation pour le fournisseur d'accès de prendre des mesures techniques contre certains ou tous ses abonnés pour empêcher ou réduire la contrefaçon de droit d'auteur au moyen d'Internet. Ces mesures techniques sont des mesures qui :

- limitent la vitesse ou capacité du service fourni à un abonné,
- empêchent l'abonné d'utiliser le service pour accéder à un contenu particulier ou limitent l'usage de tel contenu,
- suspendent le service fourni à l'abonné,
- limitent le service fourni à l'abonné d'une autre manière.

Lesdites obligations techniques débiteront au plus tôt un an après le commencement des obligations de notification des fournisseurs d'accès (article 124H). Le ministre de l'Intérieur a, quant à lui, déjà déclaré son intention de ne démarrer le stade des mesures techniques que si le système des obligations initiales ne réduit pas le trafic Internet illégal de 70 % après un an<sup>19</sup>. Donc, si le trafic a diminué d'autant, les mesures techniques ne seront pas mises en place.

Fait partie de ce quatrième stade l'obligation d'OFCOM de rédiger un code sur ces obligations techniques qui concernent la limitation de l'accès à Internet. L'article 124J de la Loi sur les communications prévoit que les critères de ce code doivent être objectivement justifiables, proportionnés et transparents (comme ceux du code des obligations initiales). Le code doit avoir une procédure d'appel contre l'imposition des mesures techniques. Il doit y avoir deux degrés d'appel. Le premier est une personne indépendante des fournisseurs d'accès, des titulaires de droit et d'OFCOM. Le deuxième est un tribunal de premier degré et il est saisi entre autres s'il y a eu une

19. [4 juin 2010] *Lawtel News*, « ISP Subscribers Vulnerable to Piracy Allegations », Interview avec Richard Hyde, le *policy officer* de l'association Which ?.

erreur de fait, de droit ou si la décision de premier degré était déraisonnable. Durant la procédure d'appel, les mesures techniques sont suspendues.

Enfin, l'article 124K prévoit des sanctions contre les fournisseurs d'accès qui ne respectent pas leurs obligations de limiter l'accès à Internet. Le maximum qui peut leur être imposé est £250 000. OFCOM décide de ce montant, qui doit être approprié et proportionné au non-respect en question. Le ministre de l'Intérieur peut par ordonnance modifier l'article 124K pour changer le montant de l'amende. Ceci clôture la réponse graduée à l'anglaise.

Vient ensuite l'article 17 de la Loi sur l'économie numérique qui concerne les injonctions empêchant l'accès général à des sites Internet. À ce propos, le ministre de l'Intérieur peut établir un arrêté pour donner aux cours et tribunaux le pouvoir de bloquer un site Internet si le tribunal pense que le site a été ou est utilisé, ou il est possible qu'il soit utilisé pour des activités qui enfreignent le droit d'auteur ou les droits voisins. Cette « injonction de bloquer » impose au fournisseur d'accès d'empêcher que son service soit utilisé pour accéder à ce site. Le ministre a recours à cet arrêté seulement s'il est satisfait que l'usage d'Internet pour des activités qui enfreignent le droit d'auteur a un effet sérieux négatif sur le commerce ou les consommateurs, l'arrêté étant une manière proportionnée de s'occuper de cet effet, *et* cet arrêté ne préjudicierait pas la sécurité nationale ou la prévention ou la détection des crimes. Il y a aussi d'autres conditions à respecter pour le tribunal saisi (paragraphe 5), notamment l'impact du blocage d'accès sur la liberté d'expression. Enfin, le paragraphe 11 de l'article 17 prévoit un mécanisme de sauvegarde : cet arrêté ne peut être mis en vigueur que si le projet d'arrêté a été déposé devant le Parlement et approuvé par résolution de chaque chambre.

## **2. COMPARAISON ET CRITIQUE**

Les dispositions françaises sont une brise (en termes de concision et de clarté du texte et du système), même si celle-ci est assez forte (en termes de sanctions), tandis que les dispositions britanniques sont un touffu maquis, comme les ronces du château de la Belle au Bois Dormant, mais, comme nous le verrons, une fois les ronces débroussaillées et comparées, la Belle n'est pas si laide.

## 2.1 Problèmes communs aux deux systèmes

La doctrine est majoritairement d'accord qu'il faut un système pour réguler l'échange illégal de fichiers, mais que les solutions ne doivent pas restreindre les droits fondamentaux comme la liberté d'expression et de communication et la vie privée et la protection des données personnelles<sup>20</sup>.

Le projet de loi français donnait le pouvoir de couper l'accès à Internet directement à l'HADOPI, une entité administrative, mais des parlementaires ont référé le projet sur ce point au Conseil constitutionnel arguant que la loi était anticonstitutionnelle, ce à quoi le Conseil acquiesça. Le premier principe violé était le principe de la présomption d'innocence. En effet, l'utilisateur était présumé coupable jusqu'à ce qu'il puisse prouver que les contrefaçons commises par le biais de son accès Internet l'étaient par un tiers frauduleusement. Le second principe était le principe de la liberté de communication. Le Conseil constitutionnel déclara pour la première fois que ce droit incluait le droit d'accéder à des services de communication en ligne et fit donc jurisprudence sur ce point. Toute restriction doit être nécessaire, adaptée et limitée à ce qui est requis pour la protection d'un autre principe constitutionnel, c'est-à-dire la protection de la propriété intellectuelle. Dès lors, pour le Conseil, une autorité seulement administrative comme l'HADOPI ne pouvait pas décider de couper l'accès Internet d'un abonné et ainsi restreindre sa liberté de communication. En effet, cela entrave la liberté de communiquer à partir du domicile et cela peut empêcher la communication par des personnes qui ne sont pas responsables de la contrefaçon. Le Conseil constitutionnel considéra que le pouvoir de l'HADOPI de suspendre la connexion à Internet était disproportionné par rapport à la protection de la propriété intellectuelle. Seul le juge le peut<sup>21</sup>. Au Royaume-Uni, seule une personne indépendante peut décider de prendre des mesures techniques et sa décision peut être reconsidérée par un tribunal. Dès lors, le système est assez proche du système français. De même, la présomption d'innocence est sauvegardée car

20. GEIGER (C.), « The future of copyright in Europe : striking a fair balance between protection and access to information », (2010) 1 I.P.Q. 1-14, p. 14 ; STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », [2009] 1 W.I.P.O.J. 75-86.

21. Cependant, comme le rappelle A. Bensamoun, dans « Portrait d'un droit d'auteur en crise », (2010) 224 RIDA 3, la commission de protection des droits de l'HADOPI (qui est chargée d'envoyer les avertissements et aurait été chargée de la suspension de connexion Internet) est entièrement composée de hauts magistrats ! Voir art. L 331-17 du *Code de propriété intellectuelle*.

l'article 124K(5) de la Loi sur les communications met la charge de la preuve sur le titulaire de droits.

Le Canada n'est pas partie à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et, donc, le test pour sauvegarder la liberté d'expression n'est peut-être pas le même. Il est cependant intéressant de se demander si les systèmes français et britannique de réponse graduée le respectent, car l'article deux de la Charte canadienne des droits et libertés, qui fait partie de la Constitution, inclut la liberté d'expression. Le test est relativement dur à passer, mais il est probable que les deux systèmes s'y conforment et que le système britannique aurait même plus de facilité à passer le test. Selon celui-ci, il faut que la restriction à la liberté d'expression soit indispensable dans une société démocratique, c'est-à-dire qu'aucune autre mesure moins restrictive de la liberté de recevoir des informations n'existe pour accomplir le but légitime (protection du droit d'auteur et des auteurs)<sup>22</sup>. Alain Strowel liste des facteurs devant être pris en compte pour déterminer si la réponse graduée est proportionnée<sup>23</sup>. Pour lui, le système français semble tout juste passer le test parce que l'internaute peut consulter Internet ailleurs que chez lui, et que le système n'interfère pas avec les autres services (télévision, téléphone). Cependant, il faudrait, comme au Royaume-Uni, inclure dans la notification à l'abonné les œuvres contrefaites, avoir aussi une possibilité de réduire la bande passante plutôt que d'avoir comme seule sanction la coupure de la connexion, et que le contrat abonné/fournisseur indique les circonstances dans lesquelles l'accès peut être bloqué. Finalement, selon nous, il serait plus judicieux que la première notification se fasse par lettre non par courriel, puis la seconde par lettre recommandée obligatoirement. On verra pourquoi plus loin.

Quant au respect du droit à la vie privée, il semble garanti, car les données sont anonymes et elles le restent jusqu'à la procédure judiciaire tant en France (art. L. 336-2 du *Code de la propriété intellectuelle*) qu'au Royaume-Uni (art. 124B de la Loi sur les communications). En conclusion sur ces trois points, les deux lois semblent être conformes et le Canada, qui a les mêmes principes, pourrait sim-

22. STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 83.

23. STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 83-84.



plement copier l'HADOPI ou la Loi sur l'économie numérique sur ces points<sup>24</sup>.

Un deuxième problème engendré par les deux lois est l'obligation de surveillance imposée aux fournisseurs d'accès qui est contraire à l'article 15 de la directive sur le commerce électronique<sup>25</sup>. Si le Canada interdit également d'imposer une obligation de surveillance aux fournisseurs d'accès, ce n'est pas un problème, car la loi peut changer la loi. Dans l'Union Européenne (UE), ce n'est pas le cas, bien sûr (un État membre ne peut contredire une directive de l'UE qui est plus élevée dans la hiérarchie des normes). Une autre question se pose cependant : est-ce raisonnable de demander aux organisations, tels les employeurs, de faire la police, de dépenser leur temps et argent pour essayer d'identifier quels employés sont responsables pour lesdits téléchargements illicites<sup>26</sup> ?

Un troisième problème est que les lois prévoient que les avertissements sont envoyés par courriel. Mais si c'est l'adresse courriel fournie par le fournisseur d'accès, l'avertissement ne va pas dans la majorité des cas arriver à destination car beaucoup d'abonnés n'utilisent pas cette adresse courriel-là, mais une adresse courriel Yahoo, Gmail, Hotmail, etc. Il est impératif que la personne soit avertie par courrier postal ou bien de requérir que le fournisseur d'accès demande l'adresse courriel courante de l'utilisateur au moment où il souscrit au service<sup>27</sup>. De plus, selon nous, le contrat devrait aussi prévoir l'obligation pour l'abonné de notifier au fournisseur d'accès chaque changement d'adresse électronique courante. Or, le texte français est très vague : il impose la notification « par la voie électronique » et la deuxième fois, la lettre recommandée est optionnelle. Le texte britannique (article 124A(9)) impose la notification à l'adresse postale *ou* « à l'adresse courriel détenue par le fournisseur d'accès ». De nouveau, il n'est pas clair du tout que ce sera l'adresse courriel couramment utilisée par l'abonné. Le Canada devrait

24. Pour la présomption d'innocence au Canada, voir l'article 11 de la Charte, disponible sur <<http://lois.justice.gc.ca/fra/const/9.html>>. Rappelons que la loi britannique, comme nous l'avons écrit, est plus respectueuse des droits fondamentaux que la loi française.

25. Directive 2000/31 du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment le commerce électronique, dans le marché intérieur [2000] OJ L178/1. VAN EECKE (P.) *et al.*, « Developments in Internet law – Europe », (mars 2009) *Journal of Internet law* 27.

26. Voir EDWARDS (L.), « Editorial – Mandy and Me : Some Thoughts on the Digital Economy Bill », (2009) 6 :3 *SCRIPTed* 535-537, 536, où l'auteur discutait à l'époque le projet de loi.

27. EDWARDS (L.), « Editorial – Mandy and Me : Some Thoughts on the Digital Economy Bill », (2009) 6 :3 *SCRIPTed* 535-537, 535.

donc clairement prévoir qu'une lettre soit envoyée plutôt qu'un courriel ou alors que le courriel soit envoyé à l'adresse courante de l'abonné, celui-ci ayant été obligé à la lui fournir. Il vaudrait aussi mieux que la deuxième lettre soit envoyée par courrier recommandé. Il semblerait que le projet de code d'OFCOM parle uniquement de lettre et pas de courriel à ce sujet.

Enfin, il y a un problème plus fondamental avec la réponse graduée : qui décide que l'acte en question est une contrefaçon ? D'abord les titulaires de droits, ensuite l'HADOPI ou une personne indépendante au Royaume-Uni, puis un tribunal. Si l'internaute non coupable craint la sanction ou n'a pas les moyens de se défendre, il va se plier au premier ou au deuxième avertissement, sans le contrôle du juge. Au Royaume-Uni, cela doit être décidé par le ministre de l'Intérieur selon l'article 124M de la Loi sur les communications. Le département pour les entreprises, l'innovation et les aptitudes (bis) vient d'annoncer, le 14 septembre 2010, que les coûts seront partagés entre les ayants droit et les fournisseurs d'accès selon une proportion 75/25. Cette décision sera notifiée à la Commission européenne avant d'être introduite par arrêté qui entrera en vigueur durant la première moitié de 2011. Il n'y a apparemment rien sur cette question dans la loi française, le régime commun semble donc s'appliquer. Or, il y a des cas limites, par exemple téléchargement d'œuvres dérivées ou téléchargement apparemment illégal, mais légal parce qu'il tombe sous le coup d'une des exceptions aux droits d'auteur et voisins. Les lois vont ainsi d'une certaine manière empêcher la création et restreindre l'accès dans des cas où il n'y a pas contrefaçon.

## 2.2 Ressemblances

Il y a d'autres ressemblances non problématiques. Il semble que, tant dans les lois britannique que françaises, le *wifi* doit être maintenant obligatoirement sécurisé, sinon l'abonné peut évidemment se trouver sous le feu des trois coups, même si ce n'est pas lui qui a téléchargé mais quelqu'un d'autre qui l'a fait en utilisant l'accès non sécurisé de l'abonné. Les deux lois ont un système équivalent en ce qui concerne la preuve de la contrefaçon. La Loi sur l'économie numérique prévoit que le rapport des titulaires de droits doit prouver la contrefaçon. En France, l'HADOPI vérifie les allégations des titulaires de droits. Enfin, durant la procédure d'appel, au Royaume-Uni, les mesures techniques sont suspendues. La loi HADOPI 2 ne mentionne rien à ce sujet, mais on imagine que les règles de procédure pénale s'appliquent par défaut. L'article 506 du *Code de procédure pénale* prévoit que l'appel est suspensif (sauf dans certains cas bien limités).

### 2.3 Différences

Il y a plusieurs différences entre les deux lois, comme nous avons déjà pu le constater. Nous pouvons en identifier aussi trois. Au deuxième avertissement, en France, l'abonné peut envoyer ses commentaires et demander des informations. Mais au Royaume-Uni, dès le premier avertissement, toute une série d'informations est déjà donnée à l'abonné, dont certaines ne sont pas communiquées en France (par exemple, l'identité du titulaire et de l'œuvre en question). Ensuite, le Royaume-Uni a des sanctions pénales moins lourdes que la France. La loi sur le droit d'auteur britannique prévoit qu'il faut une intention de contrefaire et une activité commerciale ou bien que la personne distribue autrement que dans le cadre d'une activité commerciale une copie illégale en sachant ou ayant des raisons de croire qu'elle est illégale et au point de préjudicier le titulaire du droit d'auteur (voir l'article 107 pour les droits d'auteur et voisins et l'article 198 pour les droits des artistes-interprètes). La sanction est de six mois à deux ans de prison, une amende qui n'excède pas le maximum légal, ou les deux. En France, l'article L 335-3 du Code dispose que reproduire ou communiquer des œuvres est suffisant pour qu'il y ait délit<sup>28</sup>. Il ne faut pas d'intention ou de raison de croire que ce que l'on fait est une contrefaçon ni d'activité commerciale ou de préjudice au titulaire de droits. La sanction d'emprisonnement maximale est aussi allongée d'un an par rapport à celle du Royaume-Uni.

Enfin, au Royaume-Uni, la loi donne beaucoup de pouvoir au ministre de l'Intérieur, un point que beaucoup avaient décrié pendant la discussion du texte au Parlement. Le texte a été adopté très vite, un peu moins d'un mois avant les élections législatives de mai 2010 pour qu'il puisse passer, car les Travaillistes ne pensaient pas être réélus, ce qui fut en effet le cas... Cependant, les dispositions entourent les pouvoirs du ministre de beaucoup de garde-fous.

En conclusion, le système britannique est plus précis et plus lourd pour les titulaires de droits car :

- plus d'information doit être communiquée à l'abonné suspecté de contrefaçon ;

---

28. Par contre, la négligence caractérisée de l'abonné qui ne sécurise pas sa connexion est une contravention.

- 
- les mesures techniques ne seront mises en place que si les rapports élaborés par OFCOM examinant l'effet des notifications montrent que la contrefaçon n'a pas diminué sensiblement. Donc, si les changements sont probants, la réponse graduée restera lettre morte ;
  - si les mesures techniques sont mises en place, ce n'est pas seulement la déconnexion pure et simple comme en France qui est prévue, mais aussi des sanctions moins fortes telles que la limitation de la bande passante ;
  - pas de sanction pénale, sauf si connaissance/croyance raisonnable et préjudice au titulaire de droits ou activité commerciale.

Par contre :

- Il y a potentiellement de très lourdes amendes pour les fournisseurs d'accès : 250 000 £ maximum contre 5 000 € maximum en France.
- La disposition la plus controversée est l'article 17 de la loi britannique. Il n'y a pas d'équivalent en France.

### **3. ALORS, LA RÉPONSE GRADUÉE : UN MODÈLE POUR LE CANADA ?<sup>29</sup>**

À chaque problème *une* solution, ou bien plusieurs ? Bien entendu, il faut faire en sorte que la contrefaçon ne devienne pas la norme mais en même temps, il est temps de changer de modèle commercial. Si l'offre légitime en ligne n'est pas à la hauteur, alors la répression ne va pas changer grand-chose. Il faut les deux<sup>30</sup>. Il faut donc une réponse graduée, mais d'autres solutions sont aussi possibles et combinables. Les lois prévoient toutes les deux que l'offre légale soit renforcée et améliorée ; la responsabilité revient donc ici aux titulaires de droits. À cet égard, il faut aussi un système plus

---

29. Voir SOOKMAN (B.), « Copyright reform for Canada : what should we do ? A submission to the copyright consultation », (2010) *CTLR* 15-26, 23-24, qui propose un système de réponse graduée en nuances, c'est-à-dire avec des sanctions plus variées, comme dans le système britannique.

30. Voir aussi STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 76.

simple de licence pour les œuvres en ligne<sup>31</sup>. Probablement, les choses changeront seulement quand les fournisseurs d'accès percevront des bénéfices à contrôler l'activité de leurs abonnés, dans ce cas, ils seront plus actifs à le faire<sup>32</sup>. Ce sera le cas s'ils bénéficient directement de services de contenu ou à valeur ajoutée<sup>33</sup>. Des modèles commerciaux alternatifs ont déjà d'ailleurs commencé à fleurir. Au Royaume-Uni, on peut mentionner, à titre illustratif, le site « Spotify » qui offre de la musique gratuitement en *streaming* et qui finance ces communications au public par de la publicité. Comme on l'a vu, la loi française a une disposition supplémentaire intéressante – celle sur l'éducation des jeunes sur le droit d'auteur. On en revient donc aux jeunes de la génération Internet de notre introduction et à leur attitude envers la consommation d'œuvres contrefaites en ligne, car il s'agit surtout d'eux. L'éducation va-t-elle fonctionner ? Il semblerait que ce n'est pas – encore – le cas<sup>34</sup>. L'expérience française le prouvera, ou non. Alors, adaptation et éducation feront-ils plus que force (réponse graduée) ni que rage (procès)<sup>35</sup> ? Telle est la question. Le Canada serait *a priori* donc bien avisé de combiner toutes ces solutions, ainsi que les garde-fous des deux lois, la loi britannique étant sur ce point *a priori* meilleure<sup>36</sup>. Mais la prudence s'impose, car même avec ses garde-fous, l'article 17 de la Loi sur l'économie numérique est potentiellement « anti-démocratique ».

Cependant, est-ce que ces combinaisons de remèdes vont endiguer le problème de la contrefaçon en ligne ? Probablement non car, comme la plupart des fournisseurs d'accès britannique du moins le pensent : tout cela va leur coûter très cher (des millions de livres

31. STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 76-77.

32. STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 85-86.

33. STROWEL (A.), « Internet piracy as a wake-up call for copyright law makers – is the “graduated response” a good reply ? Thoughts from a law professor “who grew up in the Gutenberg Age” », (2009) 1 *W.I.P.O.J.* 75-86, 85-86.

34. Voir l'étude réalisée par le Centre for Information Behaviour and the Evaluation of Research (CIBER) de University College London et commanditée par SABIP sur les attitudes et comportements des consommateurs numériques en ligne, disponible sur <<http://www.sabip.org.uk/home/research/research-digitalage/research-digitalage-copycats.htm>>.

35. Ce que semble aussi penser C. WING WAN, « Three strikes law : a least cost solution to rampant online piracy », (2010) 5 :4 *JIPLP* 232-244.

36. À présent, le projet de loi canadien ne prévoit qu'un système de *notice and notice* sans sanction de déconnexion ou de limite de la bande passante (voir art. 41.25 et s., document disponible sur <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4580265&Mode=1&Language=F&File=78#18>>.

sterling) et ne pas régler le problème – les activités illégales reflouriront dans d'autres forums anonymes<sup>37</sup>. Donc, la réponse graduée est un coup d'épée dans l'eau, parce que les internautes se rabattent déjà sur les sites de *streaming* entièrement gratuits, comme YouTube, au lieu de télécharger<sup>38</sup>. Ainsi, la réponse graduée va paraître fonctionner, mais en réalité, c'est parce qu'il y aura un déplacement vers les sites de *streaming* et les ventes d'œuvres vont continuer à chuter. Au Royaume-Uni, l'article 17 peut potentiellement régler ce problème. Mais en France, et plus généralement dans les pays qui ont adopté la réponse graduée, la prochaine étape sera probablement un lobbying des ayants droit pour renforcer la procédure de *notice and take down* ou même une obligation de filtrage pour les sites d'hébergement comme YouTube. Donc, Canadiens, pour éviter que la loi ne soit déjà dépassée lors de son entrée en vigueur, je dirais – même si ça va peut-être choquer certains Québécois – faites comme les Anglais : *wait and see* !

---

37. [26 avril 2010] *Lawtel News*, « Digital Economy Act 2010 Powers Will Eliminate Illegal File Sharing », Interview avec Adam Liversage représentant du British Phonographic Institute (BPI). Voir aussi BADEN-POWELL (E.) *et al.*, « IFPI Digital Music Report 2010 – A Heady Brew », (2010) 21 :4 *Ent. L.R.* 160-162, où l'on rapporte que les ventes de musique ont augmenté en Corée du Sud depuis l'adoption de la réponse graduée, mais en Suède, malgré la décision *Pirate Bay* et les offres légitimes comme les sites Spotify et iTunes, le piratage a de nouveau augmenté.

38. Voir cependant plus haut la note 6 sur l'ambiguïté de l'obligation de surveillance. L. Marino pense aussi que les réseaux cryptés vont se développer en réaction à la loi et qu'ils permettront de cacher d'autres infractions telles que terrorisme et pédophilie.