

**JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE**

---

---

Audience du 6 juillet 2011

---

Présidence de       Mme     ROULEAU  
Juges     :     M.     Battistolo et Mme Favrod  
Greffière     :     Mme     Choukroun

\*\*\*\*\*

Parties à la présente cause :

**P.**\_\_\_\_\_, prévenu, assisté par Me Aba Neeman, avocat de choix à  
Monthey, appelant

**F.**\_\_\_\_\_, **M.**\_\_\_\_\_, **S.**\_\_\_\_\_ et **W.**\_\_\_\_\_, plaignantes, assistées par  
Me Laurent Maire, avocat à Lausanne, appelantes

**MINISTERE PUBLIC**, représenté par le Procureur de l'arrondissement de  
l'Est vaudois, intimé

La Cour d'appel pénale considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 15 mars 2011, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a condamné P. \_\_\_\_\_ à une amende de 3'000 fr. (trois mille) pour fabrication et mise sur le marché d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés et dit que la peine privative de liberté de substitution, en cas de non paiement fautif de l'amende, sera de 30 (trente) jours (I); a mis à la charge de P. \_\_\_\_\_ une créance compensatrice de 50'000 fr. (II); a donné acte à F. \_\_\_\_\_, M. \_\_\_\_\_, S. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_ de leurs conclusions civiles (III); a dit que les objets séquestrés sous fiche 1437 sont confisqués (IV) et mis les frais de la cause par 5'515 fr. à la charge de P. \_\_\_\_\_ (V).

**B.** En temps utile, P. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre ce jugement. Il conclut à sa réforme en ce sens que la créance compensatrice prononcée à son encontre est supprimée et que les frais de procédure mis à sa charge sont réduits compte tenu du fait que la première juge l'a libéré de trois chefs d'accusation sur quatre.

En temps utile, F. \_\_\_\_\_, M. \_\_\_\_\_, S. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_ ont interjeté appel contre ce jugement. Elles concluent à sa réforme en ce sens que P. \_\_\_\_\_ est condamné pour violation des art. 5 let. c et 23 de la loi fédérale du 19 décembre 1996 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) et pour violation des art. 67 al. 1 let. b, f et h, 69 al. 1 let. e, g et i et al. 2 et 69a al. 1 let. a, b et al. 2 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA; RS 231.1). Elles demandent également que P. \_\_\_\_\_ soit condamné au paiement des montants de 346'967 fr. 50, à titre de remise de gain, et de 20'000 fr. à chacune d'entre elles à titre de tort moral.

Le 28 avril 2011, le Ministère public a renoncé à présenter une demande de non-entrée en matière et à déposer un appel joint.

**C.** Les faits retenus sont les suivants :

**1.1** P.\_\_\_\_\_, né en 1971 à Téhéran en Iran, est originaire de Bussigny-près-Lausanne. Il est marié et père d'une fillette de cinq ans et demi. Electronicien de formation, il est actuellement sans emploi, sa société [...] ayant été déclarée en faillite à fin 2010. Il loge avec sa famille dans un entrepôt aménagé en appartement pour lequel il paie un loyer mensuel de 600 francs. Son épouse perçoit un salaire de 3'200 fr. par mois. Les assurances-maladie sont partiellement subventionnées et il reste un montant de 92 fr. par mois à payer.

Le casier judiciaire de P.\_\_\_\_\_ fait état de quatre inscriptions, respectivement une peine privative de liberté de 10 jours prononcée le 22 janvier 2002 par le Juge d'instruction de l'Est vaudois pour injure et menaces, une amende de 710 fr. avec sursis d'un an, prononcée le 2 février 2006 par la Préfecture de Payerne, pour violation des règles de la circulation routière, une peine pécuniaire de 120 jours-amende à 20 fr. avec sursis pendant quatre ans, prononcée le 21 avril 2010 par le Tribunal de police de Lausanne pour lésions corporelles simples, appropriation illégitime et dommages à la propriété et enfin une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 30 fr. avec sursis pendant quatre ans, prononcée le 16 novembre 2010 par le Juge d'instruction de l'Est vaudois pour menaces.

**1.2** Les plaignantes M.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ appartiennent au groupe [...], dont les principales activités sont l'édition et la distribution de chaînes payantes et la production et la distribution de films et de programmes de télévision. M.\_\_\_\_\_ a pour mission principale l'édition de chaînes généralistes. Elle est présente en Suisse depuis 1996 via différents téléreseaux et par le satellite Atlantic Bird (en analogique), puis

dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, via le satellite Astra (en numérique). F.\_\_\_\_\_ a notamment pour but d'assurer toutes opérations ou prestations se rapportant à la distribution ou la commercialisation des chaînes [...] et [...], par tout moyen de diffusion et tout support.

Afin de limiter l'accès de ses programmes à ses abonnés, M.\_\_\_\_\_ crypte le signal de ses émissions par le biais d'un control word, transmis via satellite ou autre (câble, ADSL) à une carte à puce fournie à ses abonnés. Une fois décrypté par la carte à puce, le control word est directement envoyé au décodeur du client abonné, lui permettant ainsi de voir le programme.

**1.3** Les plaignantes S.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ appartiennent au groupe [...].S.\_\_\_\_\_ a pour but notamment le développement et la mise au point de systèmes incluant des logiciels et matériels applicables au domaine de la télévision numérique et analogique. W.\_\_\_\_\_ a notamment pour but de développer et de commercialiser auprès d'opérateurs de télévision payante, dont notamment M.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, des systèmes d'accès conditionnels, à savoir le développement de décodeurs combinés à des cartes à puce. Au moment où M.\_\_\_\_\_ a étendu son offre de programmes cryptés en Suisse via le satellite numérique Astra, soit dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008, seule [...], société concurrente de W.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_, a produit des cartes à puce.

**2.** P.\_\_\_\_\_ a vendu dans le cadre de son commerce de matériel électronique [...] un total de 785 décodeurs piratés permettant de décrypter des flux de programmes télévisés, à partir de 2006 et jusqu'à son interpellation en décembre 2008. Dans un premier temps, il a acheté des décodeurs pirates auprès d'une société [...] basée en Suisse allemande, qu'il revendait par la suite. Ces appareils ne donnant pas entière satisfaction, P.\_\_\_\_\_ a acheté des décodeurs Dreambox entre 150 fr. et 350 fr. l'unité dans le canton de Zoug. Il a reconfiguré chaque Dreambox en y téléchargeant un système d'exploitation appelé Gemini ainsi que le plug in CCCAM rebaptisé KUKUCRYPT. Ce faisant, il pouvait se connecter via Internet à d'autres décodeurs munis d'une carte officielle

permettant d'accéder aux clés de décryptage du flux vidéo (système dit du "cardsharing"). Ayant lui-même acheté un abonnement officiel auprès d'un revendeur suisse de M.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ installait sur les Dreambox un micro logiciel se connectant à son propre décodeur ou à ceux de certains de ses clients, créant de ce fait un large réseau partageant les codes d'accès des cartes officielles. Le prix de vente, variant entre 350 fr. et 550 fr., comprenait un abonnement d'accès au serveur de cardsharing géré par P.\_\_\_\_\_ durant une année. Une fois cette année écoulée, il facturait à ses clients un abonnement d'accès au serveur au prix de 150 fr. par année. Ce service était indispensable puisqu'il permettait au client de continuer à bénéficier du control word nécessaire au fonctionnement de sa Dreambox.

### **En droit :**

**1.** Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la communication du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit (Marlène Kistler Vianin, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 3 ad art. 399 CPP). La déclaration d'appel doit, quant à elle, être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP).

En l'occurrence, l'appel de P.\_\_\_\_\_ est interjeté dans les formes et délais légaux contre un jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP). Il est limité à la question de la créance compensatrice et à la quotité des frais de première instance mise à sa charge.

De même, l'appel des plaignantes F.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ est recevable; motivée en plaidoirie, leur contestation est limitée à la culpabilité de P.\_\_\_\_\_ au sens des art. 5 let. c et 23 LCD, des art. 67 al. 1 let. b, f et h, 69 al. 1 let. e, g et i et al. 2 et

69a al. 1 let. a, b et al. 2 LDA et à sa condamnation au paiement des montants de 346'967 fr. 50, à titre de remise de gain, et de 20'000 fr. à chacune d'entre elles à titre de tort moral.

**2.** Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

La constatation des faits est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Marlène Kistler Vianin, op. cit., n. 19 ad art. 398 CPP).

Aux termes de l'art. 391 al. 2 CPP, l'autorité de recours ne peut modifier une décision au détriment du prévenu ou du condamné si le recours a été interjeté uniquement en leur faveur. Cependant, l'appel joint de la partie plaignante, comme c'est le cas ici, met en échec la règle *ne peiorare* (Richard Calame, in: Kuhn/Jeanneret, op. cit., n. 3 ad art. 391 CPP).

**I.** Appel de F.\_\_\_\_\_, M.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_.

**3.1** Les plaignantes estiment que P.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable de concurrence déloyale au sens des art. 5 let. c et 23 LCD.

**a)** Aux termes de l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients.

La LCD ne concerne ainsi que le domaine de la concurrence. Cette notion vise une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent leurs prestations. La concurrence suppose donc un marché. Pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux art. 3 à 8 LCD; il faut encore, comme le montre la définition générale de l'art. 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché (ATF 126 III 198 c. 2c). Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent (ATF 120 II 76 c. 3a). Il n'empêche que l'acte doit être objectivement apte à influencer la concurrence, à savoir propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché (ATF 124 III 297 c. 5d).

**b)** En l'occurrence, le tribunal de première instance a considéré que les conditions d'application de l'art. 5 let. c LCD n'étaient pas remplies, estimant que le prévenu n'avait pas agi sans sacrifice au sens de cette disposition, et il a laissé ouverte la question d'une concurrence présente entre les parties (cf. jgt., p. 18).

Or, s'il est établi qu'avant le 1<sup>er</sup> octobre 2008, M. \_\_\_\_\_ ne diffusait pas ses programmes sur le territoire suisse par satellite, ces derniers étaient toutefois diffusés par le biais du câble et du télé-réseau depuis 1996. En vendant ses décodeurs pirates à partir de 2006 et jusqu'à son interpellation en décembre 2008, P. \_\_\_\_\_ a fourni à ses clients l'accès aux mêmes programmes que ceux que M. \_\_\_\_\_ proposait à ses abonnés. Partant, il était en concurrence avec les plaignantes au sens de l'art. 2 LCD. Peu importe que la diffusion des programmes de M. \_\_\_\_\_ en Suisse se soit faite par satellite, par télé-réseau ou encore par le câble.

**c)** Il ressort de l'art. 5 let. c LCD qu'agit de façon déloyale celui qui, notamment reprend grâce à des procédés techniques de reproduction

et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel.

Cette disposition a trait à l'exploitation de la prestation d'autrui résultant d'une activité créative et originale, qui ne peut toutefois faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle faute d'en satisfaire les conditions, ou parce que son auteur a renoncé à une telle protection (ATF 117 II 199 c. 2a/ee). Les cas concernés par l'art. 5 LCD touchent également au domaine extracontractuel, notamment lorsque des "pirates" reproduisent des enregistrements ou copient des livres dont le contenu n'est pas protégé par la législation sur les droits d'auteur (ATF 122 III 469 c. 8b, JT 1997 I 238).

**d)** Aux débats, les plaignantes ont précisé investir plusieurs millions de francs pour protéger le cryptage de leurs programmes. P.\_\_\_\_\_ devait, quant à lui, reconfigurer chaque Dreambox en y téléchargeant un système d'exploitation appelé Gemini ainsi que le plug in KUKUCRYPT. Le sacrifice consenti par le prévenu n'était en rien correspondant à celui des plaignantes. En piratant le système de décryptage des programmes des plaignantes, P.\_\_\_\_\_ a agi de manière déloyale, réalisant ainsi l'infraction prévue à l'art. 5 let. c LCD. Ce grief, bien fondé, doit être admis.

**3.2** Les plaignantes estiment que P.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'infraction aux art. 67 al. 1 let. b, f et h, 69 al. 1 let. e, g et i et al. 2 et 69a al. 1 let. a, b et al. 2 LDA.

**a)** La première juge a considéré, sur la base d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 12 janvier 2010, que la LDA n'est pas applicable au comportement du prévenu, au motif que "le droit suisse est le droit du pays de réception". Dans cet arrêt, la TSR reprochait à M6 de diffuser un programme en Suisse depuis la France, via satellite, en violation de ses droits d'auteur. Le Tribunal fédéral a considéré que le comportement de

M6 ne devait être conforme qu'à la législation du pays d'émission, à savoir la France. Ainsi, le comportement mis en cause par la TSR avait eu lieu en France et ne devait respecter que les exigences du droit français (ATF 136 III 232 c. 6). Le comportement mis en cause en l'espèce ne consiste cependant pas en une émission par satellite depuis la France. Ce sont les plaignantes dont les droits sont lésés qui émettent depuis la France. Le comportement illicite reproché au prévenu est la vente en Suisse d'appareils ayant pour unique but de décoder le signal reçu. Il s'agit ainsi de déterminer s'il y a une violation en Suisse des droits d'auteur des plaignantes, étant rappelé que les ayants droit étrangers peuvent faire valoir leurs droits comme les Suisses.

Dans un arrêt rendu juste avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LDA, le Tribunal fédéral a considéré que la notion de radiodiffusion propre au droit d'auteur comprend l'envoi par n'importe quel type de satellite de signaux accessibles techniquement et financièrement au public en général et destinés à être reçus directement ou indirectement par lui (ATF 119 II 51 c. 2c) de sorte qu'il ne fait aucun doute que la transmission télévisée d'une oeuvre, via un satellite, est soumise au droit exclusif de l'auteur selon le droit suisse. Dans cette affaire, CNN reprochait au Noga Hilton de Genève de propager ses émissions auprès de ses clients sans payer la redevance exigée par la chaîne. Le Tribunal fédéral a considéré que la LDA s'appliquait mais que, en l'occurrence, l'hôtel n'avait pas violé la loi parce qu'il n'avait procédé qu'à un acte de réception, sans participer à la diffusion des programmes.

Il convient donc de déterminer si le comportement de P.\_\_\_\_\_ est un acte de réception uniquement ou s'il constitue aussi un acte de diffusion, entrant dans le cadre des droits exclusifs de l'auteur et des organismes de diffusion définis dans la LDA.

**b)** Aux termes de l'art. 67 LDA, sur plainte du lésé, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement et sans droit divulgue une oeuvre (al. 1 let. b); propose au public, aliène ou, de quelque autre manière, met en

circulation des exemplaires d'une œuvre (al. 1 let. f); diffuse une oeuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues, soit par voie hertzienne, soit par câble ou autres conducteurs ou la retransmet par des moyens techniques dont l'exploitation ne relève pas de l'organisme diffuseur d'origine (al. 1 let. h). Si l'auteur d'une infraction au sens de l'al. 1 agit par métier, il est poursuivi d'office. La peine est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 2). Cette disposition est le pendant pénal des sanctions prévues en cas de violation des droits de divulgation, de mise en circulation, de diffusion et de retransmission décrits aux art. 9 al. 2 LDA, 10 al. 2 let. b, d et e LDA.

Il ressort de l'art. 69 LDA que sur plainte du lésé, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement et sans droit fait voir ou entendre une prestation mise à disposition, diffusée ou retransmise (al. 1 let. e); retransmet une émission (al. 1 let. g); reproduit une émission enregistrée sur un phonogramme, un vidéogramme ou un autre support de données ou, de quelque autre manière, met en circulation de tels exemplaires (al. 1 let. i). Si l'auteur d'une infraction au sens de l'al. 1 agit par métier, il est poursuivi d'office. La peine est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 2).

Cette disposition est le pendant pénal des sanctions prévues en cas de violation des droits voisins protégeant notamment les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, ainsi que les organismes de diffusion contre l'utilisation non contrôlée de leurs prestations immatérielles. Cette protection inclut le droit exclusif de faire voir ou entendre sa prestation, de la fixer sur un support, de la retransmettre, de la diffuser, de la mettre à disposition, de la faire voir ou entendre (art. 33 al. 2 let e LDA, 37 let. a, b, et d LDA).

Enfin, l'art. 69a LDA prévoit que sur plainte du lésé, est puni d'une amende quiconque, intentionnellement et sans droit contourne des mesures techniques efficaces au sens de l'art. 39a, al. 2, avec l'intention de faire une utilisation illicite d'œuvres ou d'autres objets protégés (al. 1 let. a); fabrique, importe, propose au public, aliène ou met en circulation de quelque autre manière, loue, confie pour usage, fait de la publicité pour ou possède dans un but lucratif des dispositifs, produits ou composants, ou propose ou fournit des services qui font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation visant le contournement de mesures techniques efficaces (al. 1 let. b ch. 1) ou qui n'ont, le contournement de mesures techniques efficaces mis à part, qu'une finalité ou utilité économique limitée (al. 1 let. b ch. 2) ou qui sont principalement conçus, fabriqués, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de mesures techniques efficaces (al. 1 let. b ch. 3). Si l'auteur de l'infraction agit par métier, il est poursuivi d'office. La peine est une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire (al. 2). Cette disposition est le pendant pénal en cas de violation de l'art. 39a LDA.

Conformément à l'art. 39a LDA, il est interdit de contourner les mesures techniques efficaces servant à la protection des œuvres et d'autres objets protégés (al. 1). Sont considérés comme des mesures techniques efficaces au sens de l'al. 1 les technologies et les dispositifs tels que les contrôles d'accès, les protections anticopies, le cryptage, le brouillage et les autres mécanismes de transformation destinés et propres à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés (al. 2). Il est interdit de fabriquer, d'importer, de proposer au public, d'aliéner ou de mettre en circulation de quelque autre manière, de louer, de confier pour usage, de faire de la publicité pour, de posséder dans un but lucratif des dispositifs, des produits ou des composants ainsi que de fournir des services qui font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation visant à contourner des mesures techniques efficaces (al. 3 let. a), qui n'ont, le contournement de mesures techniques efficaces mis à part, qu'une finalité ou une utilité commerciale limitée (al. 3 let. b)

ou encore qui sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement des mesures techniques efficaces (al. 3 let. c).

**c)** La LDA décrit les différents types d'utilisation selon leurs fonctions. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'œuvre est reproduite, représentée, diffusée, etc. Le procédé technique est sans importance. La loi est formulée de façon techniquement neutre afin de ne pas rendre nécessaire une révision législative suite à chaque découverte technique. Pour cette raison, peu importe, d'un point de vue de la LDA, qu'il s'agisse d'un traitement analogique ou numérique. Les dispositions légales sont applicables dans les deux cas (Denis Barrelet et Willi Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 2008, n. 7a ad art. 10 LDA).

La diffusion d'émissions codées, dans le cadre de la télévision sur demande (pay per view), entre dans le champ de l'art. 10 al. 2 let. d LDA lorsqu'un nombre important de personnes disposent d'un décodeur leur permettant d'assister simultanément aux émissions (Denis Barrelet et Willi Egloff, *op. cit.*, n. 26 ad art. 10 LDA). Concernant la technique du satellite, la règle est de considérer la communication par satellite comme un tout, englobant aussi bien la liaison montante que descendante. Le droit de diffusion porte sur toute la chaîne de communication jusqu'à son retour sur terre. Celui qui envoie des émissions vers un satellite doit disposer des droits (Denis Barrelet et Willi Egloff, *op. cit.*, n. 28 ad art. 10 LDA). L'art. 10 al. 2 let. e LDA inclut les retransmissions simultanées faites par une autre personne que l'organisme responsable de la diffusion originale. Il n'est pas nécessaire que cette personne soit elle-même un radiodiffuseur ou une entreprise de télécommunication. Il peut aussi s'agir d'une personne physique. Lorsque, pour mieux atteindre son public, le diffuseur d'origine ou l'entreprise chargée de la diffusion recourt à des réémetteurs et à des satellites, il reste dans le cadre de l'art. 10 al. 2 let. d. Lorsque de telles installations sont aménagées et exploitées par des tiers, ou lorsque ceux-ci recourent simultanément à un réseau câblé, au téléphone, ou à Internet, il y a retransmission au sens de la let. e, même si le nombre total de personnes

atteintes n'et pas augmenté de la sorte. La desserte d'un nouveau public n'est pas une condition posée par cette disposition. Il importe peu que le programme retransmis soit libre d'accès ou qu'il s'agisse de télévision par abonnement ou de télévision à la demande. Lorsqu'un programme diffusé est répercuté par une entreprise différente, on est en présence d'une retransmission. Pour qu'il y ait retransmission, il faut dans tous les cas une diffusion préalable. En revanche, si l'entreprise d'origine se borne à composer un programme qui est ensuite directement introduit sur le câble par une autre entreprise, on n'a pas affaire à une retransmission, mais à une diffusion (Denis Barrelet et Willi Egloff, op. cit., n. 33 et 36 ad art. 10 LDA).

**d)** Compte tenu de la jurisprudence et de la doctrine décrites plus haut, il faut considérer que la réception puis la retransmission des programmes des plaignantes par le biais d'un décodeur pirate correspond à un acte de diffusion au sens de l'art. 10 al. 2 let. d et 67 al. 1 let. h LDA. En outre, la vente de tels appareils, dont le seul but est de décrypter les programmes proposés par les plaignantes M. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ à leurs abonnés, correspond aux infractions visées aux art. 39a et 69a LDA. Le comportement du prévenu tombe également sous le coup de l'art. 69 LDA, s'agissant des droits voisins appartenant aux organismes de diffusions. Ce grief des appelantes, bien fondé, doit être admis.

**e)** L'auteur agit de manière professionnelle, lorsqu'en raison du temps et des moyens consacrés à son activité délictueuse, ainsi que de la fréquence des actes pendant une période donnée et des revenus espéré ou obtenus, il ressort qu'il exerce son activité délictueuse à la manière d'une profession, et en retire effectivement des revenus relativement réguliers contribuant de façon non négligeable à la satisfaction de ses besoins. Il faut que l'auteur aspire à obtenir des revenus relativement réguliers représentant un apport notable au financement de son genre de vie et qu'il se soit ainsi, d'une certaine façon, installé dans la délinquance. L'activité délictueuse peut être accessoire à une activité professionnelle licite. L'importance des revenus obtenus illégalement pour l'entretien de l'auteur constitue un indice important pour statuer sur l'existence du

métier (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3<sup>ième</sup> éd. 2007, n. 1.5 ad art. 27 CP).

En l'occurrence, le tribunal de première instance a relevé que P.\_\_\_\_\_ ne vivait presque que de son commerce illicite. En outre, il a mis en place un réseau de plusieurs centaines d'abonnés et a fait preuve d'un professionnalisme certain en sécurisant son réseau pirate pour éviter d'être lui-même la cible de gens indécents, sans avoir le moindre remord vis-à-vis des plaignantes (cf. jgt., p. 19 ch. 4). Partant, la circonstance aggravante du métier au sens de l'art. 27 CP est réalisée.

**f)** Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que P.\_\_\_\_\_ a été libéré de l'accusation d'infractions à la LDA et à la LCD. En conséquence, il se justifie d'annuler le jugement et de renvoyer la cause au tribunal de première instance, afin de garantir au prévenu le bénéfice de la double instance. Il appartiendra au Tribunal de police de constater que le prévenu s'est rendu coupable d'infraction à la LCD et à la LDA et de fixer la peine.

**3.3** Les plaignantes contestent le chiffre III du dispositif, sans pour autant remettre en cause le fait que le tribunal de première instance ne leur a pas alloué de dépens. Sur ce point, le jugement de première instance est dès lors définitif (art. 398 al 2 in fine et 404 al. 1 CPP). Elles concluent à l'admission de leurs conclusions civiles en ce sens que P.\_\_\_\_\_ doit paiement en leur faveur d'un montant de 346'967 fr. 90 à titre de remise de gain correspondant à son chiffre d'affaires brut, à charge pour le prévenu d'établir les frais pouvant venir en déduction.

**a)** Il ressort de l'art. 123 al. 1 CPP que dans la mesure du possible, la partie plaignante chiffre ses conclusions civiles dans sa déclaration en vertu de l'art. 119 et les motive par écrit. Elle cite les moyens de preuves qu'elle entend communiquer.

Aux termes de l'art. 126 CPP, le tribunal statue également sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il rend un verdict de culpabilité à l'encontre du prévenu (al. 1 let. a). Il renvoie la partie plaignante à agir par la voie civile notamment lorsque la partie plaignante n'a pas chiffré ses conclusions de manière suffisamment précise ou ne les a pas suffisamment motivées (al. 2 let. b). Dans le cas où le jugement complet des conclusions civiles exigerait un travail disproportionné, le tribunal peut traiter celles-ci seulement dans leur principe et, pour le surplus, renvoyer la partie plaignante à agir par la voie civile (al. 3).

**b)** Il convient d'interpréter largement le terme "chiffrer" utilisé par le législateur à l'art. 123 CPP. En vertu de la maxime de disposition, le lésé doit indiquer de façon précise au juge ce qu'il demande: cette exigence recouvre non seulement le chiffrage proprement dit (ainsi s'agissant de prétentions en dommages-intérêts [art. 43 CO], pour tort moral [art. 49 CO]), mais aussi la prise de conclusions individualisées s'il y a lieu. Le devoir de motiver impose principalement au demandeur à l'action civile d'exposer les faits sur lesquels se fondent ses conclusions, ces faits devant permettre d'établir la quotité du dommage et le lien de causalité avec l'infraction poursuivie (Nicolas Jeandin/Henry Matz, in Kuhn/Jeanneret, op. cit., n. 4 et 5 ad art. 123 CPP).

Le non respect de ces exigences conduirait, devant le juge civil, à un déboutement; le demandeur à l'action civile jointe est ainsi favorisé puisque ces lacunes ne conduiront pas à un déboutement mais au renvoi de la partie plaignante à agir par la voie civile. Le législateur – dans un but de favoriser la partie plaignante – a ainsi jugé qu'il se justifiait de n'assortir cette violation par la partie plaignante de ses obligations procédurales "que de conséquences relativement douces" (Nicolas Jeandin/Henry Matz, in Kuhn/Jeanneret, op. cit., n. 21 ad art. 126 CPP).

Le juge qui applique l'art. 126 al. 3 CPP le fera avant tout par référence au temps nécessaire à la résolution des questions pénales, qu'il mettra en perspective avec la durée supplémentaire de procès induite par

le traitement des conclusions civiles. En d'autres termes, c'est la complexité de l'administration des preuves liées à des faits qui n'ont pas d'incidence sur le jugement pénal et relèvent exclusivement de l'action civile jointe qui sera déterminante. Il peut en aller ainsi des prétentions du lésé impliquant le calcul d'une indemnité pour perte de gain ou encore de prétentions en réparation du tort moral (Nicolas Jeandin/Henry Matz, in Kuhn/Jeanneret, op. cit., n. 28 et 29 ad art. 126 CPP).

**c)** En l'occurrence, la première juge a considéré que la comptabilité du prévenu n'était pas claire et ne permettait en particulier pas de distinguer les revenus provenant de l'activité illicite des autres revenus de l'intéressé. Elle a en outre relevé que les parties plaignantes ont requis l'allocation de conclusions civiles globales, solidairement entre elles, sans établir pour quelle part chacune d'elles avait été lésée par les activités du prévenu (cf. jgt., p. 20 ch. 5).

Les plaignantes estiment qu'il suffit de multiplier le nombre de décodeurs vendus, soit 785 selon les aveux du prévenu, par le prix de vente reconnu; de même il faudrait, selon elles, multiplier un nombre équivalent d'abonnements par le prix de vente reconnu, puis par le nombre d'années d'activité, à savoir trois ans. Les plaignantes proposent, comme autre méthode de calcul, de se fonder sur la comptabilité du prévenu.

Si on peut admettre le principe selon lequel les plaignantes peuvent revendiquer les gains que le prévenu a retiré de ses actes illicites, la cour de céans n'est toutefois jamais parvenue au montant de 346'967 fr. 90 allégué. Ainsi, contrairement à ce qu'affirment les plaignantes, une simple multiplication du prix par le nombre de clients n'est pas adéquate. Certes, le prévenu a admis avoir vendu 785 Dreambox, mais le prix de vente variait selon les cas, de 350 à 550 francs. S'il a également indiqué avoir proposé des abonnements annuels pour un montant de 150 fr., à la lecture des tableaux Excel reprenant la liste de ses clients, on constate que certains d'entre eux ont acheté un appareil mais ne se sont pas abonnés par la suite, alors que d'autres n'ont pas acheté d'appareil

mais ont, en revanche, pris un abonnement d'une année. Il n'est enfin pas aisé de distinguer les montants relevant de l'activité illicite du prévenu de ceux liés à ses activités licites, ni à ceux relevant de l'activité illicite de [...] (déféré séparément), qui s'était chargé de revendre des appareils en versant au prévenu un montant de 100 fr. par client (jgt., p. 17). Aucun des calculs proposés ne permet d'aboutir au montant réclamé par les plaignantes. Par ailleurs le rapport de police confirme le constat de la première juge, selon lequel il n'est pas possible de déterminer clairement le chiffre d'affaires illicite réalisé par le prévenu. Partant, la première juge a, à juste titre, donné acte aux plaignantes de leurs réserves civiles. Le jugement de première instance doit être confirmé sur ce point.

**3.4** Les plaignantes concluent en outre au paiement par P. \_\_\_\_\_ à chacune d'elles d'un montant de 20'000 fr., à titre de tort moral.

**a)** En vertu de l'art. 49 al. 1 CO, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

On définit le tort moral comme les souffrances physiques ou psychiques que ressent la personne lésée à la suite d'une atteinte à la personnalité (Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, n. 2029, p. 267).

**b)** Dans le cas d'espèce, les plaignantes soutiennent que par son réseau, le prévenu a gravement nui à leur image et à leur notoriété. Elles n'apportent cependant pas le moindre indice que le piratage nuirait à leur image ou à leur notoriété. Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

**II.** Appel de P. \_\_\_\_\_

**4.1** P. \_\_\_\_\_ fait valoir que ni l'ordonnance de renvoi ni l'acte d'accusation n'évoquaient la possibilité qu'une créance compensatrice soit

prononcée à son encontre. Il affirme que la question n'a pas non plus été abordée durant les débats et que les conclusions prises en audience par les parties ne portent pas sur ce point. Il se prévaut ainsi d'une violation de son droit d'être entendu.

**a)** Aux termes de l'art. 409 CPP, si la procédure de première instance présente des vices importants auxquels il est impossible de remédier en procédure d'appel, la juridiction d'appel annule le jugement attaqué et renvoie la cause au tribunal de première instance pour qu'il soit procédé à de nouveaux débats et pour qu'un nouveau jugement soit rendu (al. 1). La juridiction d'appel détermine les actes de procédure qui doivent être répétés ou complétés (al. 2). Le tribunal de première instance est lié par les considérants de la décision de renvoi et par les instructions visées à l'al. 2 (al. 3).

En règle générale, il appartient à la juridiction d'appel de corriger les erreurs commises par le tribunal de première instance dans l'établissement des faits et l'application du droit. Toutefois, si la procédure de première instance présente des vices importants, les juges d'appel ne pourront pas y remédier sans porter atteinte aux droits de l'appelant. En effet, les parties doivent bénéficier de deux instances qui, toutes deux, doivent se prononcer régulièrement. Or, si la juridiction d'appel statue sur le fond malgré des vices importants de procédure, cela revient à supprimer pour la partie concernée le bénéfice des deux instances. La violation des droits garantis par la Constitution fédérale et la CEDH, tels que le droit d'être entendu et les droits en découlant, constitue un vice important entraînant l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (Marlène Kistler Vianin, in Kuhn/Jeanneret, op. cit., n. 1 et 5 ad art. 409 CPP).

**b)** En l'occurrence, le jugement ne mentionne pas que l'éventualité d'une créance compensatrice a été évoquée durant les débats. Il est donc plausible que la défense n'ait pas eu l'occasion de s'exprimer sur ce point. La violation des droits de la défense est un vice important, constituant une violation particulièrement grave des droits du

prévenu de sorte qu'il convient de renvoyer la cause au tribunal de première instance, cela d'autant plus que le renvoi se justifie également pour fixer la peine à prononcer compte tenu des infractions à la LDA et à la LCD (cf. consid. 3.1 et 3.2 supra). Ce grief, bien fondé, doit être admis. Point n'est dès lors besoin d'examiner les griefs de fond sur le principe de la condamnation au paiement d'une telle créance compensatrice, eu égard à la situation financière difficile de l'appelant.

**4.2** P. \_\_\_\_\_ soutient que la créance compensatrice, substitut à la confiscation, ne peut pas être prononcée lorsqu'elle pourrait entrer en conflit avec les prétentions civiles des plaignantes et que les conditions d'une allocation au lésé sont remplies. Il conclut que si les plaignantes ouvraient action contre lui au civil pour faire valoir leurs droits, il serait exposé à restituer sous deux formes le bénéfice retiré de son activité illicite. Il se prévaut de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

**a)** Selon l'art. 70 al. 1 CP, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décéder ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. Lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonnera leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent (art. 71 al. 1 CP).

Aux termes de l'art. 71 CP, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent; elle ne peut être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 70, al. 2, ne sont pas réalisées (al. 1). Le juge peut renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable ou qu'elle entraverait sérieusement la réinsertion de la personne concernée (al. 2).

**b)** Le but de cette créance compensatrice est d'éviter que celui qui a disposé des objets ou valeurs à confisquer soit privilégié par rapport à celui qui les a conservés; elle ne joue qu'un rôle de substitution de la confiscation en nature et ne doit donc, par rapport à celle-ci, engendrer ni avantage ni inconvénient

(ATF 126 IV 70 c. 3). Le Tribunal fédéral a indiqué que pour éviter que le condamné n'ait à payer deux fois, le juge doit ordonner la confiscation (ici, ce serait la créance compensatrice) sous réserve de restitution au cas et dans la mesure où l'auteur a réparé le dommage occasionné aux lésés (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3<sup>ième</sup> éd. 2007, n. 1.3 ad art. 73 CP).

**c)** En l'occurrence, la créance compensatrice poursuit le même objectif que les prétentions civiles des plaignantes en remise du gain illicite, fondées sur l'art. 423 CO (cf. pièce 46). En l'état, cependant, les prétentions des plaignantes ne sont pas établies et, faute d'argent disponible, rien n'a été ni ne peut être payé. Une allocation de la créance compensatrice aux lésés n'est par conséquent pas possible à ce stade. Afin d'éviter au prévenu de payer deux fois le dommage causé aux plaignantes, une éventuelle créance compensatrice, si elle est prononcée par le premier juge à qui la cause est renvoyée, devrait être assortie d'une réserve telle que mentionnée ci-dessus.

**4.3** P.\_\_\_\_\_ demande enfin que les frais de procédure de première instance mis à sa charge soient réduits compte tenu du fait que la première juge l'a libéré de trois chefs d'accusation sur quatre.

Aux termes de l'art. 428 CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé.

En l'occurrence, si le tribunal de première instance a effectivement abandonné certaines qualifications, l'entier des faits qui

étaient reprochés au prévenu a été établi et retenu à sa charge. La question de la qualification ne paraît pas avoir notablement influencé le déroulement de l'enquête, en particulier avoir rendu cette dernière plus longue ou plus complexe. Partant, il ne se justifie pas de réduire les frais de procédure de première instance mis à la charge de P.\_\_\_\_\_. Quoiqu'il en soit, vu le sort de la cause, la condamnation au paiement des frais était justifiée. Ce grief, mal fondé, doit être rejeté.

**5.** En définitive, les appels doivent être partiellement admis. Le jugement est annulé et la cause renvoyée au Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois afin qu'il constate que le prévenu s'est rendu coupable d'infraction à la LCD et à la LDA, qu'il fixe la peine et réexamine la question de la créance compensatrice.

**6.** Les frais de la procédure d'appel arrêtés en application des art. 21 et 23 TFJP (Tarif des frais judiciaires pénaux, RSV 312.03.1), sont mis pour un quart à la charge de P.\_\_\_\_\_, et pour un quart à la charge de M.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_, solidairement entre elles, le solde étant laissé à la charge de l'Etat. Les dépens sont compensés.

Par ces motifs,

la Cour d'appel pénale,

Vu les articles 150bis CP; 67 al. 1 let b, f et h, 69 al. 1 let. e, g et i,

69a al. 1 let. a et b LDA, art. 5c, 23 LCD, 398 ss CPP

prononce :

**I.** Les appels de P.\_\_\_\_\_ et de M.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_ sont partiellement admis.

**II.** Le jugement rendu le 15 mars 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est annulé et la cause

renvoyée à ce tribunal pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

**III.** Les frais d'appel de 2'790 fr. sont mis pour un quart, soit 697 fr. 50 (six cent nonante sept francs et cinquante centimes), à la charge de P.\_\_\_\_\_, et pour un quart, soit 697 fr. 50 (six cent nonante sept francs et cinquante centimes), à la charge de M.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_, solidairement entre elles, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

**IV.** Les dépens d'appel sont compensés.

**V.** Le présent jugement est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

**Du 7 juillet 2011**

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué aux appelants et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Aba Neeman, avocat (pour P.\_\_\_\_\_),
- Me Laurent Maire, avocat (pour M.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :