



Présente :

**LE PEER TO PEER
ou
LE REVEIL DE ROBIN DES BOIS**

Par

Isabelle Schmitz

Date de mise en ligne : 9/02/2005

LE PEER TO PEER

Ou

LE REVEIL DE ROBIN DES BOIS

Un fournisseur d'accès a-t-il une responsabilité dans la transmission en ligne sans autorisation de musique par des sites utilisant la technique dite « peer-to-peer (P2P) ?

On imagine avec quelle curiosité les internautes... et les juristes attendaient les résultats de la procédure entamée par la Sabam contre le fournisseur d'accès internet Tiscali. Le Président du Tribunal de Première Instance de Bruxelles (siégeant en cessation, sur base de l'article 87 de la loi sur le droit d'auteur) vient de rendre un premier jugement dans cette procédure¹. Une première manche gagnée par la Sabam puisque le tribunal a affirmé que Tiscali peut être responsable des atteintes aux droits d'auteur des compositeurs et auteurs de musique en n'empêchant pas ses clients d'avoir accès aux logiciels d'échange de fichiers musicaux "peer-to-peer".

D'après la Sabam, Tiscali doit être condamnée à prendre des mesures techniques pour empêcher l'utilisation de ces systèmes d'échange de fichiers MP3. Sur ce point, il faudra encore attendre la décision du tribunal : celui-ci s'est estimé insuffisamment éclairé à ce jour pour juger de la faisabilité d'un tel procédé. Un expert a été désigné.

Il est intéressant de resituer cette décision dans le débat juridique qui entoure le phénomène récent du peer-to-peer.

Evolution des cibles des actions judiciaires en matière de peer-to-peer

Ces dernières années, l'apparition de logiciels P2P permettant de télécharger de la musique ou des œuvres audiovisuelles en ligne a suscité un véritable engouement de la part du public. Gratuit, rapide, facilement accessible, ce procédé a tout pour séduire les consommateurs.

Ce phénomène a forcément engendré une baisse de profit des majors sur les ventes de disques, celles-ci n'ont donc pas tardé à réagir. C'est ainsi que depuis le début de cette décennie on voit fleurir, aux Etats-Unis comme en Europe, une multitude d'actions judiciaires liées à l'utilisation des logiciels de peer-to-peer.

¹ Civ. Brux., 26 nov. 2004, inédit.

1) Actions contre les éditeurs de logiciels

Dans un premier temps, les maisons de disques et les sociétés de droits d'auteurs ont dirigé leurs actions judiciaires contre les éditeurs des logiciels P2P qui permettent ces échanges.

En 2000, Napster a été reconnu coupable de violation indirecte du droit d'auteur pour avoir créé et maintenu un outil technologique permettant la violation directe du droit d'auteur par les utilisateurs². Ce système de peer-to-peer reposait sur un serveur central qui permettait d'indexer tous les fichiers mis à disposition par les ordinateurs connectés. La responsabilité de Napster a été engagée du fait que son serveur qui jouait un rôle d'intermédiaire était placé sous son contrôle. De ce fait, la justice a considéré que Napster était en mesure de pouvoir exercer un contrôle efficace sur la nature des fichiers échangés.

Une deuxième génération de logiciels de peer-to-peer a alors vu le jour. Des sites comme Kazaa, Gnutella, Morpheus ont pris le relais. Ce nouveau type de peer-to-peer est décentralisé et fonctionne par un nœud de réseaux. Comme il n'y a plus de serveur central, les éditeurs ne peuvent pas être tenus responsables des abus d'utilisation de leur logiciel. Ainsi, en 2002, la Cour d'appel d'Amsterdam³ a rejeté l'action introduite par la société hollandaise de gestion de droits d'auteur Burna Stemra en refusant de condamner Kazaa au motif qu'elle ne fait que fournir le logiciel. La Cour a considéré que Kazaa n'a pas de moyen de contrôle et n'est dès lors pas responsable de la manière dont il est utilisé. Cette décision a été confirmée en 2003 par la Cour suprême des Pays-Bas⁴.

Dans le même sens, Grokster⁵ et Morpheus⁶ fonctionnant également selon la technologie du peer-to-peer décentralisé ont été poursuivis mais la justice américaine ne les a pas condamnés. La Cour de Fédérale de San Francisco a en effet estimé que ces logiciels n'étaient pas illégaux en eux-mêmes mais que c'est l'utilisation qui en est faite qui est éventuellement illégale. Les éditeurs de ces logiciels n'ont donc pas été tenus responsables de contrefaçon puisqu'ils n'ont pas à superviser les échanges entre les internautes.

2) Actions contre les internautes

Ensuite, les maisons de disques ont trouvé judicieux de s'attaquer directement aux particuliers qui utilisent ces logiciels de peer-to-peer.

² Cour fédéral du district de New York, 28 avril 2000, *Com. comm. électr.*, 2000, actualité n° 114.

³ Amsterdam, 28 mars 2002, aff. n° 1370/01SKG, disponible sur droit-technologie.org.

⁴ Y. GAUBIAC, « Logiciels de distribution de musique peer to peer – Affaire RIAA c/ Verizon », *Com. comm. électr.*, mars 2004, p. 11.

⁵ *Metro-Goldwyn-Meyer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029, 2003 US Dist. Lexis 6994 (C.D. Cal. 2003).

⁶ In re Aimster Copyright Litigation, 2003 US App. Lexis 13229 (7th Cir. June 30, 2003).

Ainsi en France en 2004, on a voulu donner l'exemple en condamnant des particuliers à de lourdes peines (un à trois mois de prison avec sursis ainsi que des dommages et intérêts allant de 2.000 à 5.800 €) pour avoir téléchargé ou s'être échangé des copies de films et de fichiers musicaux par le biais du logiciel Kazaa⁷.

En Belgique, il y a quelques semaines à peine, le Tribunal correctionnel de Bruxelles s'est montré encore plus sévère: à l'initiative de la Sabam (Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs) et de l'Ifpi (Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique), un internaute de 23 ans a été condamné à payer 100.000 € de dommages et intérêts pour avoir mis à disposition sur internet durant cinq mois 3500 fichiers MP3⁸.

3) Première action contre un fournisseur d'accès internet

- constat de ce que des atteintes aux droits d'auteur sont commises au moyen des services du fournisseur d'accès internet

Dans sa croisade contre le peer-to-peer, la Sabam n'a pas peur d'innover. Cette fois, elle a décidé de s'attaquer à un fournisseur d'accès internet, la société Tiscali. La Sabam considère que Tiscali est consciente des infractions au droit d'auteur commises sur ses réseaux et qu'en plus elle en profite indirectement puisque ces pratiques lui permettent d'augmenter sa clientèle et donc son chiffre d'affaires.

Remarquons incidemment qu'il est étonnant que la Sabam s'en soit prise à un petit opérateur qui ne représente que 3,8 % des parts du marché. Il aurait en effet été plus cohérent de s'attaquer à Belgacom-Skynet ou à Telenet, qui à eux seuls représentent 87 % des parts du marché.

Une première étape a été gagnée par la Sabam puisque le tribunal constate dans son jugement du 26 novembre 2004 que des infractions aux droits d'auteurs d'oeuvres musicales (atteinte au droit de reproduction et de communication au public) ont été commises via des logiciels peer-to-peer, et ce au moyen des services de Tiscali.

- ce constat engendre-t-il une obligation à charge des fournisseurs d'accès internet de placer des filtres ?

La Sabam a demandé en plus que le tribunal reconnaisse qu'un fournisseur d'accès tel que Tiscali est l'intermédiaire le mieux placé pour empêcher techniquement l'utilisation des logiciels de peer-to-peer.

⁷ TGI Vannes, correctionnelle, 29 avril 2004, Min. public, FNDF, SEV, Gaumont, Disney, SACEM, SDRM et a. c/ C.L., M.L., G.L. et a.

⁸ Cor. Brux., 28 avr. 2003 et 28 oct. 2004, inédits.

Le tribunal a accueilli favorablement l'argumentation de la Sabam qui se base sur la directive européenne sur la "société de l'information" (2001/29). Cette directive prévoit en son article 8.3 que « *les Etats membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin* ». Bien que le délai de transposition de cette directive est expiré depuis bientôt deux ans, celle-ci n'a pas encore été transposée en droit belge. Toutefois, face à un tel vide juridique, les Etats membres ont un devoir d'interpréter leur droit à la lumière de la directive.

Le tribunal n'a pas retenu l'interprétation de Tiscali selon laquelle seuls seraient visés par cette disposition les « *hosting providers* », c'est-à-dire les intermédiaires qui aident à ce type d'atteinte.

Se fondant donc sur la directive « *société de l'information* », la Sabam a demandé au tribunal qu'il enjoigne Tiscali à prendre des mesures techniques de filtrage afin que les réseaux peer-to-peer soient bannis de ses serveurs. De telles mesures impliqueraient, déclare Tiscali, des investissements technologiques et financiers considérables. Tiscali considère qu'elles seraient de toute façon inefficaces. Cette question (largement liée à la connaissance technique des systèmes et des filtres) n'a pas été tranchée par le juge qui s'est estimé insuffisamment éclairé sur sa faisabilité technique. C'est pourquoi, il a désigné un expert pour évaluer l'efficacité et le coût de tels systèmes de filtrage.

- *Les systèmes de filtrage sont-ils envisageables ?*

Beaucoup sont réticents, considérant qu'imposer aux fournisseurs d'accès internet un filtrage sélectif qui vise uniquement les fichiers protégés par le droit d'auteur serait techniquement beaucoup trop lourd. Reste alors à filtrer l'ensemble des réseaux peer-to-peer. Si la solution est envisageable, elle présenterait le risque d'empêcher une série d'activités légales de s'effectuer et réduirait considérablement les potentiels d'internet.

En tout état de cause, même si elles sont réalisables, on peut craindre de l'inefficacité de telles mesures techniques dans la mesure où elles seraient immédiatement contournées par les internautes, le passé l'a prouvé.

L'ISPA (Internet Service Providers Association belge) a clairement pris position au sujet de cette procédure. Elle conteste en effet que les fournisseurs de services internet aient une quelconque responsabilité quant aux violations des droits d'auteur qui sont commises via les réseaux peer-to-peer. Selon elle, la loi du 11 mars 2003 transposant en droit belge la directive européenne sur le commerce électronique les exonère dans toute responsabilité dans un tel cas de figure. Elle rappelle l'article 18 de cette loi qui prévoit qu'en cas de "simple transport" (c-à-d si le fournisseur d'accès internet n'est pas à l'origine de la transmission, qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et qu'il ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission), le fournisseur de services internet n'est pas responsable des informations illégales

transmises sur ses serveurs. L'ISPA considère que tous les critères se trouvent réunis et qu'il n'est donc pas pensable d'imposer aux fournisseurs d'accès internet de prendre des mesures de filtrage.

Différentes pistes pour gérer le phénomène du peer-to-peer

1) Il serait vain de vouloir aller à l'encontre de cette évolution technologique

L'acharnement contre le peer-to-peer semble être une lutte perdue d'avance. A l'heure où la technologie numérique ne cesse de progresser, on peut présumer que si l'on instaure des systèmes de filtrage, en quelques semaines, ceux-ci seront cassés par des internautes. Des internautes qui auront de plus en plus la sympathie du public : on préfère toujours Robin des Bois au shérif de Nottingham.

Enfin, on ne peut nier que le peer-to-peer est un outil précieux d'accès à la culture. Il assure au public une grande diversité artistique et permet à des artistes peu connus et non représentés par des maisons de disques de mettre au grand jour leur talent.

Face à un tel phénomène de société, force est de constater que le droit d'auteur classique est inadapté et qu'il est nécessaire de trouver des solutions innovantes pour accueillir au mieux cette nouvelle technologie.

2) Les solutions bancales

- les mesures répressives et les mesures de protection techniques

La poursuite des internautes qui partagent leurs fichiers MP3 est très problématique. Pour les identifier, il faut recueillir certaines données auprès des fournisseurs d'accès internet. Cela nécessite également de surveiller les communications électroniques des internautes pour vérifier s'ils diffusent de la musique. Ce genre de contrôle met à mal le respect de la vie privée. De plus, comme ces échanges de fichiers se font entre des internautes de toutes nationalités, bien souvent, celui qui partage ses fichiers est situé dans un autre pays que celui qui les télécharge.

Pour éviter d'en arriver à la répression, la tendance actuelle est de recourir à des mesures de protection techniques permettant aux maisons de disques de contrôler l'accès aux œuvres. De plus en plus souvent, les majors installent des dispositifs anti-copie sur leurs CD.

Différentes techniques de marquage des œuvres ont également été inventées afin de permettre leur traçage électronique. Ce genre de système soulève également de nombreuses questions au regard du respect de la vie privée.

- *les promesses de l'industrie du disque*

Devant la baisse constante de leurs chiffres d'affaires, les maisons de disques ne manquent pas d'exercer un important lobbying. En France, une table ronde sur la piraterie sur internet a été organisée au mois de juillet dernier en présence des ministres de l'économie, de la culture et de l'industrie. A l'issue de cette réunion, les fournisseurs d'accès internet et les différents acteurs de l'industrie du disque ont signé une charte. Par celle-ci, les fournisseurs d'accès internet se sont engagés à organiser une campagne de communication auprès de leurs abonnés et à mettre en œuvre immédiatement les décisions judiciaires nécessaires à la déconnexion et à la poursuite des contrevenants. Pour sa part, l'industrie du disque s'est engagée à augmenter l'offre payante de musique en ligne.

Il paraît illusoire de vouloir gérer le phénomène du peer-to-peer en utilisant des solutions basées sur la répression et en laissant la mainmise du marché musical à quelques grosses firmes. On serait peut-être mieux éclairé de chercher de nouvelles perspectives plus adaptées à ce nouveau système de distribution.

3) L'idée d'une licence légale

- *Le projet lancé par l'Adami*

Plutôt que de mener un combat perdu d'avance, l'Adami (société française de gestion collective des droits de propriété intellectuelle des artistes interprètes) propose de mettre en place un système de rémunération des ayants droits alimentée par une redevance perçue auprès des fournisseurs d'accès internet.

La mise en ligne ne nécessiterait plus d'autorisation préalable des auteurs et interprètes (ou de leurs ayants-droits ou de leurs sociétés de gestion collective). Mais ceux-ci se verraient reconnaître un droit à rémunération en contrepartie de cette licence légale d'utilisation de leurs oeuvres et prestations.

Un tel système répondrait certainement aux attentes du public. Il permettrait également de ne pas laisser aux seules majors la maîtrise du marché musical, ce qui laisserait une chance à des genres ou des artistes moins connus de pouvoir percer.

De manière générale, les artistes et leurs ayants-droit, actuellement absents de ce système de distribution de leurs œuvres et prestations, trouveraient grâce à ce système une place pour faire valoir leurs droits. Pour être efficace et pour éviter que le système de licence légale ne soit utilisé pour contourner les régimes d'autorisation classiques, il devrait être appliqué à l'échelle internationale.

L'idée d'une licence légale a déjà convaincu plusieurs autres instances: la Spedidam en France (Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse), la Socan au Canada (Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) ainsi que certains distributeurs phonographiques indépendants.

Ce projet au regard du droit actuel

- Le téléchargement peut dans certains conditions constituer une copie privée

La loi belge sur le droit d'auteur prévoit en son article 22§1^{er}, 5° que la reproduction des œuvres sonores et audiovisuelles est autorisée pour autant que deux conditions soient réunies, à savoir que celle-ci soit faite dans le cadre de la famille et qu'elle soit réservée à l'usage du cercle de famille. De plus, la réalisation de la copie ne peut se faire qu'en respectant ce qu'on appelle le test des « trois étapes »⁹ : les limitations des droits exclusifs ou les exceptions à ces droits doivent être limités à « certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur des droits »¹⁰.

En contrepartie, les auteurs, artistes interprètes et producteurs des films et œuvres sonores se voient reconnaître un droit à une rémunération équitable (Loi sur le droit d'auteur, art. 55 et s.). En vertu de ce système, les différents supports et appareils permettant la reproduction d'œuvres sonores et audiovisuelles sont taxés d'une redevance servant à rémunérer les ayants-droit (0,23 € l'heure sur les supports numériques « spécifiquement destinés à la reproduction d'œuvres sonores » (pas les disquettes p. ex.), 0,12 € par unité sur les supports numériques de type Compact Disc enregistrable ou ré-enregistrable). Mais ce système est incomplet puisque à ce jour, les ordinateurs, demeurent soumis au tarif de 0 %, comme le déclare expressément l'arrêté royal du 4 avril 2003. La première chose à faire serait donc de combler cette carence du système.

Pourrait-on assimiler le téléchargement d'une chanson via un logiciel de peer-to-peer à un acte de copie privée ? Certains avancent que pour bénéficier de l'exception de copie privée, il faut que l'exemplaire copié ait une origine licite. Cela voudrait dire que l'internaute devrait vérifier pour chaque copie qu'il réalise si la communication de l'œuvre a été faite avec l'accord du titulaire du droit d'auteur. Imposer une telle vérification reviendrait à réduire à néant l'exception de copie privée. Il faut donc considérer que, du moment que la copie est strictement réservée à l'usage privé de la personne qui télécharge et qu'elle n'est pas destinée à une utilisation collective, l'internaute peut se prévaloir de l'exception pour copie privée.

⁹ Sur cette notion, cf. M. FISCOR, « Les trois conditions cumulatives et leur application ... », *R.I.D.A.*, avril 2002, p. 111.

¹⁰ cf. not. art. 5, § 5, de la Dir. 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

La directive « société de l'information » appelée à être transposée un jour en Belgique semble également admettre que le téléchargement soit considéré comme une copie privée. Elle prévoit en son article 5.2 une liste d'exceptions au droit exclusif de l'auteur, notamment « *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé, et à des fins non directement ou indirectement commerciales* ». Cette disposition (assez floue il est vrai) peut être interprétée de manière à tolérer le téléchargement par le biais de logiciels peer-to-peer. Il faut cependant mettre en relation cette disposition avec l'article 5.5 qui reprend l'exigence du fameux test des trois étapes, limitant l'application de toutes les exceptions aux principes du droit d'auteur.

Si l'on veut satisfaire à ce triple test, il est clair qu'on ne peut pas rester dans cette situation de téléchargement sauvage qui entraîne pour les auteurs un préjudice indéniable. Il faut donc impérativement organiser un système de rémunération des auteurs. On pourrait envisager d'organiser un double système de redevances qui seraient prélevées, d'une part sur les ordinateurs et d'autre part sur les fournitures d'accès à internet et la répartition de cette rémunération serait confiée à des sociétés de gestion collective.

- Le partage de fichiers via le peer-to-peer face au droit exclusif de l'auteur de communiquer son œuvre au public

La loi belge prévoit en son article 22 §1^{er} 3° que le titulaire de droit d'auteur ne peut s'opposer à la communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille.

La notion de communication « dans le cercle de famille » ne doit pas s'interpréter comme étant le cercle familial restreint tel que l'entend le Code civil. Cette notion doit s'entendre comme visant un groupe de personnes ayant entre elles « des relations habituelles »¹¹. Il peut s'agir d'un club privé où seuls ont accès les membres et ceux qu'ils cooptent, pourvu qu'existe entre eux un lien intime. Il peut y avoir communication privée même si toutes les personnes de ce qu'on appelle le « cercle de famille » ne se trouvent pas dans la même pièce et que la communication se déroule à distance par l'effet d'une transmission électrique ou électronique.

Ainsi, la jurisprudence française a décidé que la communication par intranet à l'intérieur d'une entreprise peut être couverte par l'exception de communication dans le cercle de famille : le tribunal de grande instance de Paris¹² décide que la visite des pages personnelles du fichier privé d'un membre d'une entreprise par ses collègues a un caractère privé.

Toutefois cette exception au droit exclusif de communication au public de l'auteur n'échappe pas à la règle du « triple test » : l'exception doit être limitée aux cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causé de préjudice

¹¹ LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 345 et jurispr. cit. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., n° 88. Pour une interprétation plus étroite du cercle de famille : DE VISSCHER et MICHAUX, *Précis de droit d'auteur et de droits voisins*, n° 148.

¹² Trib. gde inst. Paris (réf.), 10 juin 1997, *J.C.P.*, 1997, II, n° 22974, not. F. OLIVIER ; *D.*, 1998, jur., p. 621, note B. EDELMAN.

injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur¹³. Ainsi, une communication par un intranet au sein d'une entreprise de plusieurs milliers de travailleurs sera faite à une si grande échelle qu'elle portera atteinte aux intérêts légitimes de l'auteur¹⁴.

Dans le cas où, comme avec le peer-to-peer, il y a des milliers de destinataires potentiels mais que chacun d'entre eux se trouve dans l'intimité de son domicile, doit-on toujours considérer cette communication comme publique ? Jusqu'à présent, la jurisprudence a toujours répondu par l'affirmative. Par exemple, dans le cas d'émissions radiophoniques : même si l'enregistrement se fait dans un studio, local privé, l'émission est considérée comme publique car elle est diffusée vers le public. C'est la règle posée comme principe la Cour d'appel de Bruxelles dans l'arrêt *Coditel*¹⁵. En l'espèce, la Cour a estimé que la communication était publique, même si les émissions sont captées par les abonnés du câble dans leur domicile privé : la publicité de la communication se détermine par sa destination et non par le caractère du lieu où elle est captée. La communication a été considérée comme publique car elle était faite « à une généralité indéterminée d'abonnés sans lien entre eux et dont il était loisible à quiconque de faire partie ».

Appliquée au peer-to-peer, cette jurisprudence impose de considérer que la communication est publique puisqu'elle est dirigée vers l'ensemble de la communauté des internautes reliés au logiciel de peer-to-peer.

On ne peut donc que constater que le peer-to-peer pose un problème insoluble au regard du droit actuel. Mais il est plus que temps de prendre en compte la réalité sociale et culturelle et la source de progrès que constitue l'internet. Un projet tel que celui de la licence légale, même s'il n'est pas encore au point (et loin de faire l'unanimité), constitue en tout cas une stimulante proposition dans l'approche de solutions innovantes.

Isabelle SCHMITZ

¹³ Traité OMPI, art. 10 et 16, § 2 ; Accords TRIPs, art. 13 ; Conv. d'Union de Berne, art. 9, § 2.

¹⁴ Cf. B. MICHAUX, La diffusion d'œuvres et de prestations au sein de l'entreprise, A & M 2003/4, p. 245.

¹⁵ Bruxelles, 30 mars 1979, *J.T.*, 1979, p. 502. Pourvoi rejeté par Cass. 3 sept. 1981, Pas. 82, I, 8.