



Présente :

Le « peer-to-peer » en sursis ?

Par

Etienne Montero

Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix

et

Yorick COOL

Chercheur au C.R.I.D

Date de mise en ligne : 9/02/2005

Note (à paraître dans *R.D.T.I.*, n° 21, 2005)

Le « peer-to-peer » en sursis ?

Etienne MONTERO* et Yorick COOL**

L'importance singulière du jugement rendu le 26 novembre 2004, dans l'affaire SABAM c. Tiscali, n'aura pas échappé à ceux qui suivent, de près ou de loin, l'évolution de la matière. L'on n'a pas affaire à une décision de plus à verser au dossier – décidément complexe et délicat – de la responsabilité des intermédiaires de l'internet. Plusieurs facteurs lui confèrent un intérêt tout à fait particulier.

Tout d'abord, le litige soumis au Président du tribunal de première instance de Bruxelles concerne l'irritant problème posé par les logiciels dits « peer-to-peer », lesquels permettent l'échange de fichiers entre ordinateurs personnels, et servent souvent *de facto* à réaliser des échanges – non autorisés – de fichiers musicaux. On retrouve ici, en toile de fond, la question – lancinante – de l'éventuel devoir d'intervention qu'aurait le fournisseur d'accès pour faire cesser ou prévenir les activités illicites sur son réseau, qui plus est dans le domaine sensible des atteintes à des droits de propriété intellectuelle.

C'est dire l'enjeu des débats, dont l'issue devrait sceller – au moins pour un temps – le sort et du « peer-to-peer », et des prestataires intermédiaires.

Ensuite, il faut saluer le grand intérêt des arguments échangés entre parties, ainsi que le caractère à la fois audacieux et prudent du jugement, même si sa motivation laisse à désirer sur certains points. Pour tous ces motifs, le jugement commenté apporte sans conteste une substantielle contribution aux débats évoqués.

La décision présidentielle adopte une position originale et nuancée tant sur le plan de la procédure (1.) que sur le fond (2.).

1. L'action en cessation : fondement et portée

Sur pied de l'article 87, § 1^{er}, de la LDA¹, la SABAM entend obtenir la condamnation de Tiscali à faire cesser les atteintes au droit d'auteur portant sur les œuvres musicales appartenant au répertoire du demandeur, en particulier des atteintes au droit de reproduction et de communication au public, du fait de l'échange non autorisé de fichiers musicaux illicites, réalisés grâce à des logiciels « peer-to-peer » par le biais des services du défendeur.

Cette demande pose la question de savoir si l'article 87, § 1^{er}, de la LDA trouve à s'appliquer lorsque l'atteinte au droit d'auteur n'est pas le fait du défendeur, en l'occurrence un simple intermédiaire technique, mais de tiers non présents à la cause (les clients de Tiscali en l'espèce). Sur ce point, la décision commentée adopte une position aussi ferme qu'audacieuse : « attendu que l'article 87, § 1^{er}, de la LDA interprétée à la lumière de l'article 8.3 de la Directive 2001/29 constitue en conséquence la base légale suffisante et nécessaire pour constater les infractions au droit d'auteur découlant de l'utilisation des logiciels peer-to-peer pour échanger des œuvres musicales protégées sans autorisation de la

* Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix.

** Chercheur au C.R.I.D.

¹ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19.297 (citée LDA).

SABAM et pour ordonner à la SA Tiscali, en sa qualité d'intermédiaire dont les services sont utilisés pour commettre ces infractions, de prendre les mesures de nature à les faire cesser ».

Que faut-il penser de cette interprétation de l'article 87, § 1^{er}, de la LDA, dont il résulte que « sans préjudice de la compétence du tribunal de première instance, le président de celui-ci constate l'existence et ordonne la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin (...) » ?

Sur le plan des principes, cette solution peut être approuvée (1.1.). En ce qui concerne, plus précisément, sa mise en œuvre dans le cas d'espèce, l'hésitation est par contre permise (1.2.).

1.1. L'action en cessation contre un prestataire intermédiaire

Comme le fait valoir, à juste titre, la SABAM, considérer que l'action en cessation peut uniquement être dirigée contre l'auteur de l'atteinte reviendrait à ajouter une condition d'application à l'article 87, § 1^{er}, de la LDA. La formulation large et limpide de cette disposition ne s'oppose pas, nous semble-t-il, à ce que le président du tribunal de première instance soit considéré compétent, sur cette base, pour connaître des actions en cessation dirigées, non contre l'auteur des actes incriminés, mais contre la personne – le prestataire intermédiaire de l'internet – la mieux à même de les prévenir ou d'y mettre fin.

Non seulement cette interprétation s'accorde avec la lettre et l'esprit de l'article 87, § 1^{er}, de la LDA, mais en outre, ainsi que le souligne avec raison le jugement, elle s'harmonise parfaitement avec l'article 8.3 de la « directive droit d'auteur dans la société de l'information »², dont il résulte que « [l]es 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 ». Qui plus est, comme l'indique le Président du tribunal, il y a lieu d'interpréter l'article 87, § 1^{er}, de la LDA à la lumière du texte et du but de l'article 8.3 de la directive précitée, qui, lui-même, doit être lu à la lumière du très explicite considérant n° 59 de la même directive³. Encore observera-t-on, à la suite de la SABAM, approuvée sur ce point par le tribunal, que l'article 8.3 de la directive 2001/29 n'a pas été transposé dans le projet de loi du 17 mai 2004, ce qui laisse supposer qu'aux yeux du législateur belge, l'arsenal juridique contient déjà la base légale permettant l'exercice du recours visé dans ladite disposition. Enfin, le tribunal a également raison d'estimer, contrairement à ce que soutient Tiscali, que tous les intermédiaires sont indistinctement visés par l'article 8.3, aussi bien les simples transporteurs (qui se bornent à transmettre des données ou à offrir un accès à un réseau) que les prestataires d'hébergement.

² Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

³ Le considérant n° 59 est libellé comme suit : « Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé. (...) »

On ajoutera que la solution retenue par le tribunal est également conforme à la directive sur le commerce électronique⁴. L'on fait référence, à cet égard, aux articles 12.3, 13.2 et 14.3, qui eux-mêmes doivent être lus et interprétés conformément au considérant n° 45 de la directive. Les termes de ce considérant méritent d'être reproduits : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'*actions en cessation* de différents types ; ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit *mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation*, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible »⁵.

L'opinion a été émise suivant laquelle, nonobstant les termes du considérant n° 45, le législateur européen n'aurait entendu viser que les actions au provisoire permettant d'ordonner le retrait d'informations illicites⁶. Seules seraient ainsi concernées, en droit belge, les actions en référé, à l'exclusion des « actions en cessation », lesquelles ont une portée dépassant le provisoire dès lors que le juge des cessations statue quant au fond, de manière définitive ; son jugement a autorité de chose jugée en sorte qu'il lie le juge invité à se prononcer sur la responsabilité. Il s'en suit que les exemptions de responsabilité prévues pour certaines activités intermédiaires (à savoir les activités de simple transmission, de fourniture d'accès à un réseau, d'hébergement et de stockage sous forme de cache) devraient s'appliquer aussi aux actions en cessation et pas seulement dans les procédures devant les juges du fond.

Cependant, à la réflexion, ce souci ne paraît pas de mise puisque l'action en cessation est introduite, non contre l'auteur de l'atteinte au droit d'auteur, mais contre l'intermédiaire. L'ordre de cesser est absolument indépendant de toute considération relative à la faute de l'intermédiaire. Il suffit de constater l'atteinte au droit d'auteur et la circonstance que l'intermédiaire est la personne la mieux placée pour faire cesser celle-ci, sans que cela suppose en aucune manière la démonstration d'un quelconque manquement au devoir de prudence dans le chef de ce dernier.

C'est d'ailleurs l'un des mérites de la décision commentée d'avoir soigneusement fait le départ entre l'objet de la demande telle que formulée par la SABAM et la question de la responsabilité de Tiscali intervenant comme simple intermédiaire.

Encore peut-on se demander si le juge de la cessation a le pouvoir d'ordonner des mesures positives, telles des mesures de filtrage, en dépit du libellé de l'article 87, § 1^{er}, de la LDA. Dans cette disposition, en effet, il est seulement question d'un ordre de cesser, soit d'une obligation de ne pas/plus faire. Le président du tribunal peut-il dès lors prononcer une injonction de faire ? Apparemment oui : il peut être enjoint au défendeur de prendre des mesures positives sans lesquelles l'ordre de cessation demeurerait inefficace⁷.

Par ailleurs, l'article 87, § 1^{er}, de la LDA oblige le président du tribunal à *constater l'existence* de l'atteinte au droit d'auteur avant d'ordonner la cessation. Peut-il dès lors

⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

⁵ Nous soulignons.

⁶ A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet et les procédures en référé ou comme en référé », obs. sous Liège (1^{re} ch.), 28 nov. 2001, *J.T.*, 2002, pp. 309-311. Comp. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *J.T.*, 2001, p. 142, n° 32.

⁷ Cass., 6 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 146 et la note de B. MICHAUX. A ce sujet, voy. aussi F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 636

ordonner des mesures préventives, destinées à empêcher la survenance d'une atteinte ? Ici aussi la réponse est affirmative : rien ne s'oppose à ce que le juge prononce pour l'avenir un ordre qui vise d'autres atteintes à des droits d'auteur que celles constatées jusqu'alors⁸.

Sur le plan des principes, tout ceci ne fait pas difficulté. On devine même que l'article 87, § 1^{er}, de la LDA pourrait être plus largement exploité à l'avenir pour entendre condamner des prestataires intermédiaires à faire cesser une atteinte à un droit d'auteur : on songe aux multiples exemples de mise sur le web, sans autorisation des ayants droit, d'un contenu protégé par des droits d'auteur.

Dans le cas d'espèce, l'ordre de cessation suscite néanmoins une série de questions.

1.2. Application en l'espèce

S'il peut être formulé largement, l'ordre de cessation ne doit pas moins se fonder sur un *constat* préalable d'une contrefaçon avérée, réalisée par une personne déterminée, d'une œuvre protégée par des droits dont est investi un auteur déterminé⁹.

En l'espèce, l'atteinte au droit d'auteur semble *supposée*, plus que *constatée*. Répondant à l'argument de Tiscali suivant lequel la SABAM ne démontre pas que ses clients commettraient une atteinte aux droits des membres dont elle gère les droits, le tribunal fait état de « l'abondante couverture médiatique » (de nombreux articles de presse...) et du « débat de société soulevé en France » qui « démontrent si besoin est l'ampleur du problème ». Il ajoute « qu'il n'existe aucune raison de croire que la SA Tiscali serait épargnée par le phénomène », pour conclure « qu'il se déduit de l'ensemble de ces considérations qu'est établie l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SABAM du fait de l'échange non autorisé de fichiers électroniques musicaux grâce à des logiciels peer-to-peer et ce, au travers de l'utilisation du réseau internet de la SA Tiscali »¹⁰.

Observons le glissement : d'un certain nombre de considérations, du reste pertinentes, le tribunal déduit, sans doute à juste titre, qu'est *établie* l'existence d'atteintes au droit d'auteur, alors que l'article 87, § 1^{er}, requiert qu'il *constate* l'existence desdites atteintes. Ce n'est pas exactement la même chose. Constater, c'est établir par *expérience directe*, c'est-à-dire à l'aide des sens externes, une réalité...¹¹ Or, « quand on vide les mots de leur sens usuel, on n'est pas compris et on n'est plus soi-même maître de sa pensée »¹².

Mais, enfin, vus l'ampleur et la notoriété publique du phénomène, admettons que constat (de l'existence des atteintes) il y a, sinon au sens propre du terme, en tout cas dans une acception large (expérience par divers truchements...).

Encore la compétence *ratione loci* du juge de la cessation donne-t-elle quelque souci, qui n'est pas sans rapport avec la difficulté qui vient d'être pointée. Est seul compétent pour ordonner des mesures de cessation le président du tribunal de première instance du lieu où a été commis l'acte de contrefaçon¹³. En l'espèce, on peut supposer que des actes de

⁸ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, n^{os} 644, 645 et 655.

⁹ *Ibid.*, n^o 655. A défaut, le juge de la cessation méconnaîtrait l'article 6 du Code judiciaire.

¹⁰ Nous soulignons.

¹¹ ou, à tout le moins, pour le juge, prendre acte de ce qui a été établi par expérience directe.

¹² P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481.

¹³ Cf. articles 587, al. 1^{er}, 7^o et 627, 5^o, du Code judiciaire. Voy. également A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 158, n^o 189.

contrefaçon ont été commis dans l'arrondissement du président saisi. C'est très vraisemblable, mais ce sont encore des suppositions... Par hypothèse, on ignore quels clients de Tiscali ont échangé, sans autorisation, des fichiers musicaux ; c'est pour ce motif, notamment, que l'action en cessation a été dirigée contre le fournisseur d'accès et non contre les auteurs des actes de contrefaçon.

Enfin, comme le relève le Président du tribunal, en faisant référence à un arrêt de la Cour de cassation¹⁴, « l'ordre de cessation doit produire un résultat en ce sens qu'il doit mettre fin de manière effective à la situation illicite ». C'est ici que le bât blesse ou, du moins, que l'hésitation est la plus forte. Le Président du tribunal ne s'y est pas trompé. Prudent, il s'estime insuffisamment éclairé sur la faisabilité des mesures techniques envisageables pour qu'il puisse concrètement être mis fin aux atteintes au droit d'auteur commises par les clients de Tiscali.

Peut-on raisonnablement penser que les mesures techniques appelées de ses vœux par le demandeur permettront de mettre fin, *de façon effective*, aux pratiques illicites dont il est question en l'espèce ?

Comme le groupe Tiscali représente à peine 4% des parts du marché belge, il suffira aux clients de Tiscali de s'abonner auprès d'un autre fournisseur d'accès pour continuer de s'adonner à leurs pratiques illicites. Par conséquent, à supposer les mesures efficaces, si l'on prétend voir le phénomène sérieusement enravé, encore faut-il spéculer sur le fait que la décision fasse jurisprudence et que de semblables jugements soient prononcés contre d'autres fournisseurs d'accès. Admettons cependant qu'on n'en demande pas autant : il est permis de conclure à l'efficacité des mesures, même si elles ne sont pas aptes à résoudre le problème concerné à l'échelle nationale, européenne ou planétaire ; sans doute suffit-il qu'elles permettent de mettre fin aux atteintes au droit d'auteur commises sur le réseau de Tiscali.

Toutefois, même dans ces conditions, pour que les mesures soient efficaces, c'est-à-dire aptes à mettre fin, de manière effective, aux actes de contrefaçon commis par le biais des services de Tiscali, encore faut-il qu'elles *s'inscrivent dans la durée*. En d'autres termes, il est nécessaire que les mesures de blocage ou de filtrage soient *systematiques et permanentes*.

L'on voit bien que l'article 87, § 1^{er}, offre une base adéquate pour obtenir la condamnation d'un intermédiaire à faire cesser une atteinte au droit d'auteur « ponctuelle », circonscrite et dûment constatée. Ainsi en sera-t-il, par exemple, dans les situations où un site hébergé anonymement contient des œuvres contrefaites. A défaut de pouvoir identifier le titulaire du site litigieux, la demande de retrait du contenu contrefaisant, dirigée contre l'intermédiaire, représente une heureuse solution. Par contre, en tant qu'elle implique des mesures permanentes de filtrage, pareille demande est, en l'espèce, plus sujette à caution. On peut se demander, en effet, si elle n'excède pas les pouvoirs du juge de la cessation¹⁵. L'ordre de cessation reviendrait, en effet, à imposer une charge permanente non prescrite par la loi.

De deux choses l'une : soit la mesure adoptée consiste à neutraliser l'usage des logiciels *peer-to-peer* et revient à condamner purement et simplement une technologie, dont il est évident

¹⁴ Cass., 6 déc. 2001, précité.

¹⁵ S'agissant d'une juridiction d'exception, la compétence du président statuant « comme en référé » doit être conçue de manière restrictive. En ce sens, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La nature et le régime de la compétence exercée 'comme en référé'. L'exemple de l'action en dommages et intérêts », *J.T.*, 1996, pp. 554 et s., spéc. p. 555. Cf. aussi A. CRUQUENAIRE, « La loi du 26 juin 2003 relative à l'enregistrement abusif des noms de domaine. Et la montagne accoucha d'une souris... », *J.T.*, 2004, pp. 545 et s., spéc. n° 22, et la référence à Prés. Comm. Oudenaarde (cess.), 23 sept. 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 741 (considérant que la demande de transfert du nom de domaine sort du cadre des compétences du juge des cessations).

qu'elle peut servir également de justes causes ; soit elle consiste à séparer le bon grain de l'ivraie, les communications illicites des communications licites. Dans les deux cas, la solution s'avère, sinon irréalisable, en tout cas problématique.

C'est cet aspect du problème qu'il convient à présent d'approfondir.

2. La pertinence des mesures préconisées

La décision du Président du tribunal est finalement très prudente. Elle se borne à tenir pour établie l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur des œuvres musicales commises sur le réseau de Tiscali, renvoyant pour le reste à une expertise. Elle n'ordonne pas au fournisseur d'accès de mettre fin aux atteintes en question, puisqu'elle surseoit à statuer en attendant les conclusions d'experts quant à la possibilité pour Tiscali de filtrer les échanges non autorisés de fichiers réalisés sur son réseau à l'aide de logiciels « peer-to-peer ».

Toutefois, la SABAM a déjà décroché une victoire majeure en obtenant ce jugement : l'opportunité d'imposer le filtrage à un fournisseur d'accès n'est pas questionnée, seule sa faisabilité technique semblant inquiéter le Président. On peut néanmoins s'interroger sur la pertinence d'une réponse au problème du « peer-to-peer » qui serait basée sur l'imposition de mesures de surveillance et de filtrage aux intermédiaires techniques. Les points névralgiques du débat sont la cohérence d'une telle solution avec le dispositif légal mis en place par la directive sur le commerce électronique en matière de responsabilité des intermédiaires (2.1), et les problèmes que suscite le filtrage en tant que tel (2.2).

2.1. Questions soulevées par la directive sur le commerce électronique

L'activité des prestataires techniques n'implique pas qu'ils prennent connaissance des contenus stockés ou transportés par leurs soins. Cependant, il faut reconnaître qu'ils disposent de moyens techniques leur permettant de faire cesser une série d'infractions commises par le biais de leurs services. C'est de la tension entre ces deux constats qu'est né un régime subtil prenant en compte tant l'intérêt des intermédiaires techniques à ne pas devoir entreprendre des activités supplémentaires exagérément lourdes, et celui de l'administration de la justice à pouvoir demander à la personne la mieux placée à cet effet de mettre un terme à des pratiques illégales¹⁶.

D'une part, les prestataires visés aux articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique¹⁷ ne peuvent se voir imposer aucune obligation *générale* de surveillance et de contrôle des contenus qu'ils transportent ou stockent, ni aucune obligation de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites¹⁸. D'autre part, les autorités judiciaires conservent le pouvoir de soumettre ces prestataires à une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique¹⁹, et il est toujours possible d'agir en cessation pour demander qu'un prestataire prévienne ou fasse cesser toute violation. Le fragile équilibre ainsi instauré allie au mieux l'intelligence économique qui exige de ne pas imposer de charge déraisonnable aux intermédiaires, et une attitude pragmatique consistant à exploiter au mieux les moyens dont ces derniers disposent. Cet équilibre est au cœur du

¹⁶ En ce sens, E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *Le commerce électronique sur les rails*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 279.

¹⁷ Articles 18 à 20 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963 (citée LSSI).

¹⁸ Article 15.1. de la directive sur le commerce électronique, article 21, § 1^{er}, alinéa 1, de la LSSI.

¹⁹ Considérant n° 47 de la directive sur le commerce électronique, article 21, § 1^{er}, alinéa 2, de la LSSI.

système de responsabilité auquel sont soumis les prestataires intermédiaires. Il ne doit pas être rompu à la légère.

La décision annotée s'engage pourtant dans une voie qui risque de faire voler cet équilibre en éclats. En prenant en considération une demande visant à faire cesser toutes les violations commises sur le réseau de Tiscali par les utilisateurs de logiciels « peer-to-peer », le Président du tribunal admet, *mezzo voce*, la possibilité d'exiger d'un fournisseur d'accès qu'il surveille l'intégralité des échanges pratiqués sur son réseau afin de dépister des atteintes au droit d'auteur. En effet, si l'on ordonne à Tiscali de filtrer systématiquement le trafic de son réseau pour en expurger les communications illicites, on lui impose en fait une obligation générale de surveillance, assortie d'une obligation de suppression de certains contenus litigieux. L'on sort ainsi du cadre juridique dans lequel les intermédiaires techniques n'ont à se soucier que de collaborer avec la justice, sans devoir eux-mêmes traquer les infractions. Si une telle décision était confirmée, l'on irait clairement à l'encontre des principes consacrés en la matière.

La décision du Président soulève également des questions sur le plan de la responsabilité du fournisseur d'accès. Certes, l'action en cessation n'est en rien empêchée par l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité de simple transport²⁰. Toutefois, avec un ordre de cessation tel que celui demandé par la SABAM, on expose Tiscali au risque de perdre le bénéfice de cette exonération de responsabilité. En effet, celle-ci n'est accordée au transporteur de données que pour autant qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission, qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission, et qu'il ne sélectionne pas ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission. En d'autres termes, l'exonération suppose que le prestataire ne joue aucun rôle actif dans la transmission et ne s'implique en aucune façon dans l'information transmise²¹. S'il met en place des systèmes de tri différenciant les données transportées, notamment pour bloquer l'utilisation des réseaux « peer-to-peer », on peut penser qu'il sélectionne les informations faisant l'objet de la transmission et que l'exonération dont il bénéficie ne se justifie plus.

Si la responsabilité de Tiscali n'est pas mise en cause dans le cadre de l'action en cessation, une décision lui enjoignant de mettre en place des mesures de filtrage risquerait donc de lui faire perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité dont jouit le fournisseur d'accès. Par conséquent, Tiscali pourrait²² voir sa responsabilité engagée si des mesures de filtrage s'avéraient inefficaces. Tel serait le cas si le filtrage opéré laissait passer un certain nombre de communications illicites, ou au contraire s'il bloquait des communications licites.

De plus, les autorités européennes ont veillé à la meilleure conciliation possible entre les dispositions afférentes au droit d'auteur et celles sur le commerce électronique. C'est ainsi que le seizième considérant de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information affirme très clairement que « la présente directive est sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité de [la directive sur le commerce électronique] ». Il est donc patent que la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information ne révèle aucune volonté de déroger aux principes énoncés en matière de commerce électronique.

²⁰ Article 12 de la directive sur le commerce électronique, article 18 de la LSSI.

²¹ Cf. le considérant n° 43 de la directive sur le commerce électronique.

²² Le conditionnel reste de mise, car l'absence d'exonération n'entraîne bien sûr pas de responsabilité automatique; il reste à démontrer que les conditions de la responsabilité sont remplies. A ce sujet, E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, p. 278 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Livre 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 19, n° 193.

2.2. Les problèmes posés par le filtrage en tant que tel

Il ne nous appartient pas de traiter *in extenso* la question de la faisabilité technique du filtrage. Cela sera fait par l'expertise ordonnée par le Président du tribunal. Toutefois, il ne paraît pas inutile de donner ici quelques pistes de réflexion concernant les enjeux de l'expertise.

Le problème central du filtrage est de savoir très précisément ce qui est filtré. Deux risques existent : d'une part, laisser passer des contenus qu'on souhaiterait exclure, d'autre part, exclure des contenus que l'on souhaiterait laisser passer. La question sous-jacente pour déterminer l'ampleur de ces risques est celle des critères que l'on emploie pour filtrer. Au vu de l'objet de la demande, une communication devrait être filtrée par Tiscali lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : la communication devrait être faite par l'entremise d'un réseau « peer-to-peer » et elle devrait violer un droit d'auteur géré par la SABAM.

Le rapport Capgemini²³ invoqué par la SABAM traite du filtrage des communications établies grâce au « peer-to-peer ». Plusieurs techniques existent. Si certaines, telles que le filtrage par adresse IP²⁴ ou le filtrage des ports²⁵, semblent trop peu fiables, d'autres, comme le filtrage par protocole²⁶, apparaissent plus prometteuses si l'on souhaite éliminer le trafic « peer-to-peer ». Cette dernière technique permet en effet de bloquer ou limiter les transmissions relevant de réseaux « peer-to-peer » donnés. Il est donc possible de bloquer tel réseau « peer-to-peer » spécifique – par exemple Kazaa – tout en laissant tel autre – citons BitTorrent – en état de marche. Puisque tout réseau « peer-to-peer » connaît des utilisations illicites, il paraîtrait cependant cohérent avec l'objet de la demande de les bloquer tous. Toutefois, l'efficacité à long terme d'une telle solution semble compromise par le risque qu'apparaisse, lors du blocage de tel et tel protocole, un nouveau protocole qui passe les mailles du filet. Faut-il une fois de plus rappeler que l'évolution constante des technologies et des moyens pour les détourner condamne celui qui cherche une réponse à des problèmes juridiques dans la technologie à pourchasser d'évanescentes chimères?

Par ailleurs, la deuxième condition au filtrage révèle une inadéquation entre ce qui est demandé à la technologie et ce qu'elle peut fournir. Qu'attend-on du filtrage? Qu'il distingue les communications illégales d'œuvres musicales des autres. Or la licéité d'une transmission est une donnée inaccessible à la technique. La question est au fond de savoir si l'auteur de l'œuvre a consenti à la communication en cause ou si cette dernière peut être justifiée par une exception au droit d'auteur ou une licence légale. Pour y répondre, il faudrait contacter l'auteur ou la société de gestion de droits qui s'occupe de l'œuvre en question²⁷. Cette

²³ Disponible à l'adresse http://www.lesechos.fr/lettrespro/presentation/telecom/flash/rapport_filtage_capgemini_france.pdf

²⁴ Chaque machine – ou éventuellement chaque sous-réseau – sur l'internet se voit attribuer une adresse IP unique. Le filtrage par adresse IP permet de bloquer toutes les communications concernant une adresse IP. La technique ne sert donc que lorsqu'on a identifié les machines au départ desquelles des activités illicites sont menées.

²⁵ Afin de pouvoir déterminer à quelle application est destinée quelle information en provenance du réseau, une machine attribue un « port » à chaque type d'application. Ainsi, les applications web *stricto sensu* communiquent-elles par défaut sur le port 80, les applications de courrier électronique basées sur le protocole smtp utilisent le port 25 par défaut, etc. Toutefois, les applications « peer-to-peer » sont capables d'utiliser les ports dédiés à d'autres applications. De ce fait, si l'on filtre uniquement sur base des ports employés, on risque de bloquer d'autres contenus que ceux circulant sur les réseaux « peer-to-peer » (contenus web, courrier, ftp, etc.).

²⁶ Le protocole en question fait référence aux protocoles utilisés par les réseaux « peer-to-peer ». Chaque réseau a son propre protocole, c'est-à-dire sa propre série de règles qui lui permettent de fonctionner. Parmi ces règles, se retrouvent systématiquement l'utilisation de ports définis et l'inclusion d'un identifiant du réseau dans les paquets IP.

²⁷ Encore n'est-ce pas suffisant car pour l'application d'une exception, ils ne peuvent être considérés comme impartiaux.

question fondamentale sur le plan juridique ne peut être résolue par la technique que si des informations à ce sujet accompagnent systématiquement les fichiers échangés, ce qui n'est pas le cas. En deçà de cette question, l'identification même des œuvres échangées pourrait poser problème, dans la mesure où il est toujours possible de mal nommer sciemment un fichier et de manipuler les « étiquettes » qui accompagnent les fichiers musicaux²⁸, voire même, de crypter les données transmises, rendant ainsi toute identification de l'œuvre – ou du type de fichier transmis – impossible.

On voit donc que, sur le plan juridique, le filtrage ne passe pas la rampe, l'identification de l'œuvre et de son régime juridique étant hors de portée de la technologie. En définitive, le risque encouru est de condamner une technologie plutôt que des infractions. Il existe en effet une série d'applications légitimes du « peer-to-peer ». Que l'on songe au jeune artiste qui trouve là un moyen inespéré de faire connaître ses œuvres ou aux distributions GNU/Linux²⁹ qui se diffusent couramment par ce biais, le tout dans la plus grande légalité. Les techniques de filtrage ne pourront pas différencier ces utilisations et celles qui enfreignent la loi. Peut-on accepter de les sacrifier sur l'autel du respect des droits d'auteur? Il nous semble que non. Si une technologie est susceptible de multiples utilisations légitimes, ce n'est pas contre elle que le droit doit lutter, mais contre les utilisations illicites qui en sont faites. A oublier ce principe fondamental³⁰, on pourrait en arriver, de proche en proche, à condamner l'internet, puis l'informatique, et enfin – pourquoi pas ? – l'imprimerie...

3. Conclusion

La décision commentée considère, à juste titre, que l'article 87, § 1^{er}, de la LDA permet d'agir en cessation contre un intermédiaire technique de l'internet, afin d'obtenir sa condamnation à faire cesser des atteintes au droit d'auteur commises par des tiers. Cependant, une fois ce principe judicieusement dégagé, le Président du tribunal de première instance de Bruxelles se retrouve face à un problème de taille.

En l'espèce, la demande a pour objet la neutralisation des réseaux « peer-to-peer » utilisés pour des échanges non autorisés de fichiers musicaux relatifs à des œuvres appartenant au répertoire de la SABAM. Or, seule une obligation *générale* de surveillance, imposée à l'intermédiaire technique, permet de mettre effectivement fin aux atteintes « constatées ». Là est le problème : une telle mesure nous paraît, d'une part, excéder le pouvoir du juge des cessations, d'autre part, contredire la lettre et l'esprit de la réglementation du commerce électronique.

On regrette que l'opportunité même d'imposer une obligation générale de filtrage n'ait pas été discutée, tout en saluant la décision du juge de surseoir à statuer en attendant d'être mieux informé sur la faisabilité et l'efficacité des mesures souhaitées par le demandeur. Sa prudence est louable, même si elle aboutit, *volens nolens*, à relancer l'âpre débat – censément tranché par la directive sur le commerce électronique – concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires.

²⁸ On songe par exemple aux « Id-Tags » inclus dans les fichiers comprimés au format mp3 qui donnent des informations sur l'artiste, le titre de la chanson, etc. Tout comme le nom de fichier, ces informations sont rentrées par l'utilisateur, et donc manipulables à l'envi.

²⁹ Voyez par exemple www.debian.org. Une distribution GNU/Linux est un ensemble logiciel qui constitue un système d'exploitation complet à base de logiciels libres. Les logiciels libres permettant la redistribution par les utilisateurs, la mise sur un réseau « peer-to-peer » est tout à fait légale. Pour plus de détails sur les logiciels libres, voy. l'ouvrage collectif, *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005.

³⁰ A rapprocher, nous semble-t-il, de la fameuse jurisprudence américaine *Betamax* (*Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc. et al.*, 464 U.S. 417).