

Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet: retour sur l'affaire *SABAM c/Tiscali*

Thibault Verbiest
et Marie de Bellefroid

Avocats à la Cour
Cabinet Ulys

Le 29 juin dernier, le tribunal de première instance de Bruxelles condamnait le fournisseur d'accès Tiscali à bloquer les échanges, par ses clients, de fichiers reprenant une œuvre du répertoire de la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM), au moyen de logiciels *peer-to-peer*. Fort remarquée, cette décision doit être analysée au regard des principes de responsabilité des prestataires techniques issus de la directive "Commerce électronique". En outre, le jugement pose la question de la licéité du filtrage, tant au regard du droit des données personnelles que de la liberté d'expression.

DEPUIS QUELQUES ANNÉES DÉJÀ, LA QUESTION de la responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet se trouve au centre de débats doctrinaux et jurisprudentiels des plus animés. Il faut dire que les enjeux de la problématique ne sont pas des moindres. Il en va de la question de savoir qui est responsable des contenus illicites ou préjudiciables circulant sur les réseaux, mais également qui est le mieux à même de résoudre ce problème.

Cette question se pose entre autres avec une acuité particulière à propos des contenus circulant par l'intermédiaire de logiciels dits *peer-to-peer*, permettant l'échange de fichiers, musicaux ou autres, et dont certains font l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Si, par le passé, la jurisprudence s'est quelquefois montrée hésitante face à cette question, la directive "Commerce électronique" (1) offre aujourd'hui, au

niveau européen, un cadre juridique permettant de résoudre la problématique de la responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet (2).

Récemment, cependant, les décisions rendues respectivement les 26 novembre 2004 et 29 juin 2007 par le tribunal de première instance de Bruxelles, démontrent que le rôle des prestataires intermédiaires, dans la gestion des contenus illicites circulant sur leurs réseaux, continue à faire le nid de polémiques diverses. La présente contribution propose d'analyser ces deux décisions, et de les confronter aux principes issus de la directive "Commerce électronique", transposée en droit belge par une loi du 11 mars 2003 (3). Au-delà du cadre juridique de la directive, les décisions commentées ci-dessous se heurtent aux droits fondamentaux que constituent le respect de la vie privée et celui de la liberté d'expression. Nous proposons donc, dans un deuxième temps, de relever ces écueils.

1. 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 »), JOCE, n° L. 178 du 17 juillet 2000, p. 1.
2. Voir T. Verbiest et E. Wery, « La responsabilité des fournisseurs de services

internet: derniers développements jurisprudentiels », JT, n° 6000, 07/2001, p. 165 et s.

3. Loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information, MB, 17 mars 2003.

I. L'AFFAIRE *SABAM c/TISCALI*

C'est peu dire que la décision rendue le 29 juin 2007 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles dans le cadre de l'affaire *SABAM c/Tiscali* était attendue avec une impatience certaine. Deuxième épisode d'un feuilleton judiciaire largement commenté, cette décision jette un nouveau pavé dans la mare que constitue la question de la responsabilité des intermédiaires de l'internet pour les contenus illicites ou préjudiciables circulant sur "la toile".

Le premier volet de la série débute selon un scénario devenu classique ces dernières années: la SABAM (société belge de gestion des droits d'auteur) entend faire cesser les atteintes aux droits d'auteur de ses membres, générées via les réseaux du fournisseur d'accès internet Tiscali. Elle vise plus particulièrement les atteintes réalisées du fait de l'échange non autorisé de fichiers musicaux, par l'entremise de logiciels dits *peer-to-peer*. Dans cette optique, la SABAM choisit d'assigner en justice le fournisseur d'accès lui-même (racheté entre-temps par la société Scarlet), aux fins de l'entendre condamner à prendre des mesures permettant de faire cesser lesdites atteintes.

Au terme de ce premier épisode, le tribunal de première instance de Bruxelles rendait une décision qui, à l'époque déjà, faisait couler beaucoup d'encre doctrinale (4). Le tribunal adoptait en effet une position prudente, qui n'en laissait pas moins présager une issue largement controversée. Dans un premier temps, le tribunal se bornait à constater l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les oeuvres musicales de la SABAM, commises via les réseaux de Tiscali. Partant, il en venait ensuite à affirmer que Tiscali pouvait parfaitement se voir imposer de prendre des mesures de nature à faire cesser lesdites infractions commises via ses réseaux. Le tribunal bruxellois fondait cette deuxième étape de son raisonnement sur l'article 8.3 de la directive 2001/29, selon lequel « *Dans de nombreux cas* » les intermédiaires techniques « *sont les mieux à même de mettre fin* » aux atteintes au droit d'auteur commises via leurs services. « *Par conséquent, les titulaires de droit 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 oeuvre protégée (...)* » (5). Le tribunal considérait donc qu'il suffisait de constater une atteinte au droit d'auteur, indépendamment de toute question de faute ou de responsabilité de l'intermédiaire concerné, pour ordonner à cet intermédiaire la cessation des atteintes en question. Ainsi, d'après le tribunal, les dispositions de la directive "Commerce électronique" ne trouvaient pas à s'appliquer au cas *SABAM c/Tiscali*. Enfin, le tribunal se déclarait incompétent sur la question des mesures qui devraient être prises afin de faire cesser de manière effective les atteintes portées au droit d'auteur des membres de la SABAM. Sur ce point, donc, il réserva son jugement, renvoyant la question aux mains d'experts chargés de se prononcer sur la possibilité pour Tiscali de filtrer les contenus illicites circulant via ses réseaux, grâce à des

logiciels *peer-to-peer*. Au terme de cette première décision, donc, la responsabilité de Tiscali n'était pas mise en cause, mais, sans se voir directement enjoindre un ordre de cessation, le fournisseur d'accès voyait désormais pendre au-dessus de lui l'épée de Damoclès que constituait le rapport d'expertise à intervenir (6).

À l'époque déjà, le raisonnement du tribunal de première instance de Bruxelles donnait à réfléchir: il évitait la question de l'opportunité et de la légalité d'imposer à un prestataire intermédiaire de prendre des mesures actives afin de faire disparaître un contenu illicite de ses réseaux. Il reportait le débat sur la faisabilité technique de ces mesures, écartant en un tour de main la question de la cohérence de cette solution avec la loi du 11 mars 2003 transposant en droit belge les dispositions de la directive "Commerce électronique" (7).

Dans sa décision du 29 juin dernier, après avoir reçu les conclusions des experts consultés, le tribunal de première instance de Bruxelles confirme sa position précédente. Se fondant sur le rapport d'expertise, le tribunal constate tout d'abord qu'il existe des mesures permettant techniquement d'empêcher les atteintes au droit d'auteur. Parmi les diverses mesures recensées par l'expert, le tribunal relève ensuite que l'une d'entre elles seulement constitue une solution de filtrage permettant de faire la distinction entre les contenus licites et les contenus illicites. Sur cette base, le tribunal considère enfin que le fait d'imposer de telles mesures techniques ne contrevient pas aux dispositions légales en la matière et entre autres, à celles de la loi belge du 11 mars 2003. Il se fonde, pour ce faire, sur le considérant 45 de la directive 2000/31, selon lequel « *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 (...)* 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 impossibles. »

Ainsi, le tribunal, à nouveau, écarte la question de la mise en cause de la responsabilité de Tiscali. Tout comme dans la première décision intervenue, il considère en effet que les atteintes au droit d'auteur relevées sont illégales « *indépendamment de toute recherche d'une quelconque faute ou manquement au devoir de prudence* » (8) de Tiscali. Finalement, Tiscali se voit condamner à faire cesser les atteintes au droit d'auteur, relevées dans le jugement de novembre 2004 et ce, « *en rendant impossible toute forme, au moyen d'un logiciel peer-to-peer, d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une oeuvre musicale du répertoire de la SABAM* ». Pour ce faire, le fournisseur d'accès se voit accorder un délai de 6 mois, aux fins de mettre en place les mesures de filtrage décidées par le tribunal. Gageons que lorsqu'elles seront mises en place, ces mesures permettront effectivement de séparer le bon grain de l'ivraie...

4. Civ. Bruxelles (réf.), 26 novembre 2004, *JT*, n° 6172, 10/2005, pp. 165 et s.

5. 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, *JOCF*, n° L.167 du 22 juin 2001, p. 10.

6. L. Van Bunnin, « L'affaire *Napster* à l'origine de l'effondrement du marché des disques », *A & M*, 2005/1, p. 54.

7. E. Montero et Y. Cool, "Le *peer-to-peer* en sursis », *RDTI*, n° 21, 2005, p. 102.

8. Civ. Bruxelles, 26 novembre 2004, *op. cit.*

II. COHÉRENCE DE LA DÉCISION DU 29 JUIN 2007 AVEC LES PRINCIPES ISSUS DE LA DIRECTIVE "COMMERCE ÉLECTRONIQUE"

À l'époque de la première décision rendue dans le cadre de l'affaire *SABAM c/Tiscali*, plusieurs auteurs avaient mis en exergue la difficile conciliation de la solution intervenue avec le régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet, mis en place par la directive "Commerce électronique" (9). Le même constat peut être réalisé aujourd'hui, à l'examen de la décision rendue le 29 juin dernier.

Rappelons ici que le régime d'exonération mis en place par la directive "Commerce électronique" est né de la volonté de concilier les intérêts en présence et les réalités pratiques propres au monde de l'internet. Ainsi, le système instauré prend en compte, d'une part, « l'intérêt des intermédiaires techniques à ne pas devoir entreprendre des activités supplémentaires exagérément lourdes » et, d'autre part, la réalité pratique qui veut que l'on demande à la personne la mieux placée à cet effet, de mettre un terme aux pratiques illégales commises sur l'internet (10). En l'occurrence, il s'agit bien souvent de l'intermédiaire technique. Réalisant dès lors un équilibre subtil entre les intérêts en présence, la directive "Commerce électronique" et sa loi de transposition en droit belge, ont instauré un système de « non-responsabilité limitée ou conditionnelle » (11). En vertu de ce système, les prestataires intermédiaires ne sont en principe pas responsables des contenus qui transitent via leurs serveurs, sauf si certaines conditions énumérées par la loi viennent à être remplies. Il s'ensuit que les intermédiaires de l'internet ne se voient imposer aucune obligation active de contrôle ou de surveillance des contenus transitant sur leurs serveurs (12). Seules peuvent leur être imposées des obligations temporaires de surveillance de leurs réseaux et ce, dans des cas spécifiques. Par ailleurs, il est toujours permis d'agir en cessation à l'encontre d'un prestataire intermédiaire (13).

C'est sur ce point, entre autres, que se situe la pierre d'achoppement des décisions intervenues dans le cadre de l'affaire *SABAM c/Tiscali*. En ordonnant à Tiscali de prendre des mesures de filtrage de manière à sélectionner et à intercepter les contenus illicites circulant sur ses réseaux, les décisions intervenues ont, en pratique, pour effet d'imposer à Tiscali un devoir de surveillance de ses réseaux, aux fins d'intercepter les éventuels contenus illicites qui y circuleraient (14).

L'argument a bien entendu été soulevé par Tiscali, dans le cadre des débats judiciaires précédant la décision du 29 juin 2007. Le tribunal y répond cependant que « le seul fait que l'instrument technique de filtrage laisserait passer des œuvres contrefaites du répertoire de la SABAM n'implique en outre nullement que ces œuvres auraient été sélectionnées par Scarlet (Tiscali); (...) que la mesure de filtrage a un caractère purement techni-

que et automatique, l'intermédiaire n'opérant aucun rôle actif dans le filtrage » (15). S'appuyant sur le considérant 45 de la directive "Commerce électronique", le tribunal rappelle enfin que la question de la responsabilité des intermédiaires de l'internet est sans préjudice de la possibilité d'éventuelles actions en cessation intentées à leur encontre.

Il reste qu'en pratique, les mesures imposées par le tribunal posent question. Entre autres, il convient de se demander qui sera responsable dans le cas où des contenus illicites circuleraient encore sur le réseau de Tiscali et ce, malgré les mesures mises en place. Par ailleurs, on peut se demander également si la décision du 29 juin 2007 n'a pas pour effet de faire perdre à Tiscali le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue en sa faveur, à l'article 18 de la loi du 11 mars 2003. En effet, si en vertu de cette disposition, un fournisseur d'accès internet est en principe exonéré de sa responsabilité entre autres « s'il ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission », ne pourrait-on pas opposer à Tiscali qu'il est désormais responsable des contenus circulant sur son site, étant donné qu'il les sélectionne grâce aux mesures techniques mises en place?

III. AUTRES ÉCUEILS DE LA DÉCISION DU 29 JUIN 2007

Au-delà des questions soulevées par la cohérence des décisions *SABAM c/Tiscali* au regard des dispositions de la loi belge sur le commerce électronique, les deux décisions rendues comportent d'autres écueils qu'il convient de relever ici.

A. Questions de vie privée

Les décisions rendues dans le cadre de l'affaire *SABAM c/Tiscali* posent question, tout d'abord, sur le plan de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel. En effet, le filtrage des contenus illicites circulant sur un site internet implique nécessairement la collecte et l'identification des adresses IP des utilisateurs qui se trouvent à l'origine de l'envoi des contenus illicites sur le réseau. Or, incontestablement, l'adresse IP d'un internaute constitue une donnée à caractère personnel au sens de la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (16).

La loi belge reprend en effet mot pour mot la définition de la notion de « données à caractère personnel » contenue dans la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel (17). Formulée en des termes très larges, cette définition inclut notamment l'adresse IP d'un internaute puisque constitue une donnée à caractère personnel « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable », « directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs

9. V. sur ce point, I. Schmidt, « Le peer-to-peer ou le réveil de Robin des bois », *JT*, n° 6000, 07/2001, p. 165; v. également E. Montero et Y. Cool, *op.cit.*, p. 102.

10. E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *Le commerce électronique sur les rails*, *Cahiers du CRID*, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 279.

11. J.-P. Triaille, « Un nouveau cadre juridique européen pour le commerce électronique », *A & M*, 3/2000, p. 270.

12. Loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, art.21, § 1^{er}.

13. E. Montero et Y. Cool, *op.cit.*, p. 103.

14. En ce sens, E. Montero et Y. Cool, *op.cit.*, p. 103.

15. Civ. Bruxelles (réf.), 29 juin 2007, n° 04/8975/A, inédit. Voir *Légipresse* n° 246-I, p. 154.

16. V. sur ce point, Y. Pouillet, « internet et vie privée: entre risques et espoirs », *JT*, n° 6000, 07/2001, p. 155 et s.

17. Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale » (18).

La définition inscrite dans la directive 95/46/CE prévaut également en droit français et est reprise à l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, en France également, l'adresse IP bénéficie en principe d'une protection au titre de donnée à caractère personnel. Cependant, ce principe est mis à rude épreuve au vu des récentes décisions rendues respectivement par le Conseil d'État et par la cour d'appel de Paris en la matière.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 23 mai 2007, le Conseil d'État annulait quatre décisions de la CNIL par lesquelles elle refusait à des sociétés d'auteur la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données personnelles visant à détecter les infractions au CPI réalisées par le biais de réseaux *peer-to-peer* (19). Plus précisément, le dispositif proposé par les sociétés d'auteur consistait dans la surveillance des internautes, via une sélection d'adresses IP récoltées sur les réseaux *peer-to-peer*. Ce dispositif prévoyait ensuite l'envoi de messages d'avertissements aux internautes mettant gratuitement en ligne moins de 50 fichiers musicaux. Pour ceux s'adonnant à un partage de fichiers de plus large ampleur, était prévu un système de surveillance plus important. Sur la base, entre autres, de la protection attachée à l'adresse IP, la CNIL avait refusé la mise en place de ce dispositif, pointant le manque de proportion entre les données collectées et la finalité poursuivie par les sociétés d'auteurs. Dans sa décision du 23 mai dernier, le Conseil d'État invalidait cependant la décision de la CNIL, au motif, parmi d'autres, que « *les traitements envisagés par les sociétés requérantes ne portaient simultanément que sur quelques-uns des protocoles peer-to-peer permettant l'échange de fichiers musicaux sur internet* » et qu'ainsi, les traitements envisagés restaient proportionnés, au regard « *d'une part, du nombre de titres musicaux dont les sociétés requérantes ont pour mission d'assurer la protection et, d'autre part, de l'importance de la pratique des échanges de fichiers musicaux sur internet* » (20).

Deux arrêts rendus récemment par la cour d'appel de Paris ont à nouveau donné à la CNIL l'occasion de rappeler le principe de la protection de l'adresse IP en tant que donnée à caractère personnel (21). Dans ces deux décisions, relatives à des actes de contrefaçon commis via l'utilisation de réseaux *peer-to-peer*, la cour considère que l'adresse IP ne constitue pas une donnée à caractère personnel, étant donné qu'elle ne permettrait pas d'identifier, même indirectement, une personne physique. Prenant position contre les deux arrêts, la CNIL rappelle cependant que la notion de donnée à caractère personnel est extrêmement large et couvre entre autres, l'adresse IP utilisée par un internaute lorsqu'il se connecte sur internet (22).

La problématique relative à la protection de l'adresse IP ainsi que sa diffusion par les prestataires intermédiaires aux titulaires de droit a encore récemment été soulevée lors d'une ques-

tion préjudicielle posée à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), dans le cadre d'un litige opposant un prestataire intermédiaire à la société espagnole de production de musique Promusicae (23). La question posée à la Cour était de savoir si les États membres sont autorisés à limiter à certaines situations le devoir des opérateurs et fournisseurs de services de collecter et communiquer les informations de connexion et de trafic, excluant les cas dans lesquels les données en question sont requises par un titulaire de droits. Dans ses conclusions (24), l'avocat général Kokott rappelle explicitement que la législation communautaire interdit tout simplement la communication, par les prestataires intermédiaires, de données de trafic et de connexion, aux éventuels ayants droit préjudiciés.

Dans le cadre de l'affaire *SABAM c/Tiscali*, le juge saisi n'a pas été jusqu'à imposer à Tiscali de communiquer aux ayants droit les adresses IP des utilisateurs de son réseau. Cependant, les mesures de filtrage imposées impliquent nécessairement la collecte de ces adresses, opération qui – faut-il le rappeler – doit être réalisée en conformité avec la loi belge du 8 décembre 1992. Sur ce point, d'ailleurs, l'argumentation du tribunal prête à confusion. Il commence en effet par affirmer que les mesures de filtrage imposées à Tiscali ne traitent en tant que telles aucune donnée à caractère personnel. Cependant, en contradiction avec cette première affirmation, le tribunal s'appuie ensuite sur l'article 5 b) de la loi belge du 8 décembre 1992 selon lequel est autorisé le traitement de données à caractère personnel lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat. En tout état de cause, au-delà du raisonnement alambiqué du tribunal, il faut garder à l'esprit que tout traitement de données à caractère personnel, même permis par la loi du 8 décembre 1992, est encadré par des conditions légales strictes. Entre autres, l'article 4, § 1^{er}, 3^o de la loi (25) introduit un principe de proportionnalité en stipulant expressément que le traitement des données à caractère personnel est licite lorsque les données collectées sont « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement* » (26).

En l'occurrence, il est permis de douter ici de la proportionnalité ou, pour reprendre les termes de la loi, de la « *non excessivité* » des mesures imposées par les décisions *SABAM c/Tiscali*, au regard de la finalité poursuivie.

B. Mesures de filtrage et liberté d'expression

Les mesures préconisées par le tribunal de première instance de Bruxelles posent encore question au regard des principes applicables au niveau de la protection de la liberté d'expression.

En droit belge, la liberté d'expression se voit entre autres consacrée à l'article 25 de la Constitution, lequel proclame sans équi-

18. Loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, article 1^{er}, § 1^{er}.

19. Conseil d'État, section contentieux, 23 mai 2007, SACEM et autres c/CNIL 20. *Ibid.*

21. CA Paris, 27 avril 2007, http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1954 et CA Paris, 15 mai 2007, http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1955

22. Voir également sur ce point l'avis n° 4/2007 du 20 juin 2007 relatif au concept de données à caractère personnel, rendu par le groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, disponible sous le lien suivant http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_fr.pdf.

23. CJCE, aff C-275/06. Pour un commentaire de cette affaire, v. C. de Preter

et K. Janssens, « *ISP's cannot be forced to directly disclose personal data of copyright infringers to copyright holders, says ECJ advocate general* », publié sur le site www.droit-technologie.org, disponible sous le lien suivant <http://www.droit-technologie.org/actuality-1061/isp-s-cannot-be-forced-to-directly-disclose-personal-data-of-copyright.html>.

24. Conclusions de l'avocat général M^{me} Juliane Kokott présentées le 18 juillet 2007.

25. Loi belge du 8 décembre 1992, art. 4, § 1, 3^o.

26. T. Verbiest « *internet et la difficile protection de la vie privée* », publié le 10 janvier 2000 sur le site www.droit-technologie.org, disponible sous le lien suivant <http://www.droit-technologie.org/actuality-255/internet-et-la-difficile-protection-de-la-vie-privee-chronique-droit.html>.

voque que « *la presse est libre, la censure ne pourra jamais être établie* » (27). Ainsi, le principe est posé selon lequel toute mesure de censure préventive visant à restreindre la liberté d'expression est anticonstitutionnelle. Le système belge est donc résolument un système répressif, « *par opposition à un système préventif ou la liberté devrait en quelque sorte passer le test d'une autorisation préalable* » (28).

Au vu des principes évoqués ci-dessus, il est permis de mettre en doute les deux décisions rendues dans le cadre de l'affaire *SABAM c/ Tiscali*. En effet, en imposant à Tiscali de prendre des mesures de filtrage des contenus qui circuleront sur ses réseaux, le tribunal de première instance de Bruxelles porte atteinte au principe constitutionnel de l'interdiction de toute censure tendant à restreindre préventivement la liberté d'expression.

Le même problème se pose actuellement en France, dans le cadre d'une affaire opposant divers fournisseurs d'accès internet (FAI) dont Tiscali, à plusieurs associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (29). Se trouvent en cause dans cette affaire les propos racistes et négationnistes circulant sur le site internet de l'Association des anciens amateurs de récits de guerre et d'holocauste (AAARGH) (30). Dans deux ordonnances rendues respectivement le 20 avril et le 13 juin 2005, le TGI de Paris ordonne entre autres aux hébergeurs cités en justice, d'interdire toute mise à disposition sur le territoire français, dudit site internet. La cour d'appel, saisie par les FAI, a confirmé ces décisions (31) et la Cour de cassation devrait prochainement se prononcer sur la question.

L'affaire AAARGH mérite que l'on s'y attarde, car elle a trait à la question, qui nous intéresse ici, de la conciliation des dispositions en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires et de la protection de la liberté d'expression. L'essentiel du litige porte sur l'article 6.I.8 de la loi française sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN), prévoyant qu'une autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à tout fournisseur d'hébergement ou, à défaut, à tout fournisseur d'accès, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de

communication au public en ligne. C'est sur la base de cette disposition, donc, que le TGI de Paris comme ensuite la cour d'appel, ordonnèrent aux FAI de prendre toutes mesures propres à interdire l'accès au site en cause.

Le pourvoi en cassation formé à l'encontre de l'arrêt d'appel se fonde, entre autres, sur la violation de l'article 10 de la Conv. EDH. Pour les FAI, imposer de telles mesures pour un temps indéterminé constituerait une évidente violation du critère de proportionnalité contenu dans l'article 10. Existe-t-il en effet, entre les mesures limitant la liberté d'expression préconisées par les juridictions françaises et le but poursuivi (à savoir la lutte contre le racisme et la xénophobie), un réel équilibre d'intérêts ? Il est permis d'en douter. Comme annoncé plus haut, la Cour de cassation ne va pas tarder à se prononcer sur la question de la compatibilité des dispositions de la loi française, à l'article 10 de la Conv. EDH. Suite, donc, au prochain épisode.

Par analogie, cependant, le raisonnement invoqué par les FAI dans le cadre de l'affaire AAARGH pourrait trouver une application dans le cadre de l'affaire *SABAM c/ Tiscali*. Au-delà de la problématique d'une véritable censure contraire à l'article 25 de la Constitution belge, on peut en effet légitimement mettre en doute le respect, par le tribunal bruxellois du critère de proportionnalité exigé par l'article 10 de la Conv. EDH.

Conclusion

Les deux décisions rendues dans le cadre de l'affaire *SABAM c/ Tiscali* comportent, on l'a vu, une série d'écueils. Au regard de la directive "Commerce électronique", tout d'abord, la solution envisagée par le tribunal pose question, car elle a pour effet, en pratique, de faire perdre à Tiscali l'exonération de responsabilité qui devrait jouer en sa faveur, et car elle fait peser sur le FAI une obligation générale de surveillance de son réseau qui, justement, se trouve bannie par la directive. Ensuite, au regard du respect de la vie privée et de la liberté d'expression.

Très récemment, un recours a été intenté à l'encontre de la décision rendue par le tribunal de première instance de Bruxelles le 29 juin 2007. Gageons que la juridiction qui en sera saisie prendra en compte ces écueils...

M.B. et T.V.

MOTS-CLÉS

Internet, responsabilité, Belgique, filtrage, données personnelles, liberté d'expression

27. Const. Belge, art.25, § 1^{er}.

28. S. Hoebeker et B. Mouffe, « Le droit de la presse, 2^e ed., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 611, n° 882.

29. V. sur cette affaire, A. Taieb, « La liberté d'expression est-elle garantie sur internet ? », édité sur le site www.juriscom.net, le 6 juin 2007, <http://www.juriscom.net/documents/lib20070606.pdf>.

30. V. sur cette affaire, F. Bergeron Aka O. Masset, « Affaire Aargh: première et singulière application du référé LCEN », édité sur le site www.juriscom.net, le 27 juin 2005, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=719>.

31. CA Paris, 4 nov. 2006, SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c/UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a. disponible sur le site www.juriscom.net, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=866>.