

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Partage de fichiers sur Internet

Bodson, Loïc

*Published in:*  
Auteurs et Media

*Publication date:*  
2005

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Bodson, L 2005, 'Partage de fichiers sur Internet: le « peer to peer » est-il une « communication au public ?', *Auteurs et Media*, numéro 4, pp. 279-289.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Partage de fichiers sur Internet: le «peer to peer» est-il une «communication au public»?

*Loïc Bodson, chercheur au C.R.I.D., F.U.N.D.P., Namur<sup>(1)</sup>*

Depuis son apparition, le peer to peer déchaîne les passions. De nombreux procès ont défrayé la chronique, tâchant de mettre de l'ordre dans les responsabilités de chacun des acteurs de ce domaine: les utilisateurs, les fournisseurs de logiciel, et les fournisseurs d'accès Internet. Malheureusement, dans ces différentes affaires, il n'est souvent traité que de responsabilité. L'existence (ou non) d'une violation au droit de communication est donc trop rarement abordée.

Le récent jugement *Sabam vs. Tiscali* intervenu le 26 novembre 2004<sup>(2)</sup>, analysé en fin d'article, aborde lui aussi trop vite la question de l'acte de communication. Il contient cependant quelques précisions intéressantes qui permettent d'éclaircir la situation des fournisseurs d'accès face au peer to peer.

Qu'en est-il donc du droit de communication et du peer to peer? Comment ce dernier est-il formulé dans les textes? Permet-il, dans sa définition actuelle, de prendre en compte les communications interactives? Une importance accrue est accordée à l'interactivité depuis l'adoption des Traités O.M.P.I. de 1996, puisqu'un nouveau droit y est attaché: le droit de mise à disposition du public. Ce droit, qui est relié au droit de communication, permet de prendre en compte les communications réalisées à la demande («on-demand communications»).

Avant de procéder à la qualification juridique du peer to peer, il importe d'exposer quelques développements techniques. Après ces développements, un bref aperçu des sources internationales, européennes et belges dans le domaine du droit de communication et de ses corollaires permettra de mettre en avant les aspects techniques qui sont appréhendés par le droit. Enfin, sur la base de ces textes législatifs, la qualification juridique du peer to peer sera opérée.

*Sinds zijn ontstaan heeft peer to peer de passies doen losbarsten. Talrijke processen hebben getracht de verantwoordelijkheden van alle actoren in dit domein vast te leggen: de gebruikers, de leveranciers van de computerprogramma's en de Internetproviders. Spijtig genoeg wordt er in deze zaken slechts over verantwoordelijkheden gesproken; over het al dan niet bestaan van een schending van een recht op mededeling aan het publiek wordt meestal geen woord gerept.*

*Het recente vonnis van 26 november 2004 inzake Sabam vs. Tiscali, dat verder geanalyseerd wordt, bespreekt ook al veel te snel de kwestie van de mededeling aan het publiek. Het bevat echter een aantal interessante preciseringen die de situatie van de internetproviders ten opzichte van peer to peer enigszins verduidelijken.*

*Hoe zit het met het recht op mededeling aan het publiek en peer to peer? Hoe wordt het recht geformuleerd in de teksten? Laat deze formulering toe om, in haar actuele bewoordingen, rekening te houden met interactieve mededelingen? Bijkomend wordt aandacht besteed aan de interactiviteit sinds de aanvaarding van de W.I.P.O.-Verdragen van 1996, waar een nieuw recht is ingevoerd: het recht op beschikbaarstelling voor het publiek. Dit aan het recht op mededeling verbonden recht laat toe om rekening te houden met «on-demand communications».*

*Vooraleer over te gaan tot de juridische kwalificatie van peer to peer is het van belang een aantal technische ontwikkelingen uit te leggen. Na een overzicht van de internationale, Europese en Belgische bronnen in het domein van het recht op mededeling aan het publiek en haar gevolgen worden de technische ontwikkelingen hieraan getoetst. Uiteindelijk zal de juridische kwalificatie van peer to peer aan de orde komen.*

(1) L'auteur de cet article tient à remercier Fabienne BRISON et Benoît MICHAUX pour leurs relectures attentives et leurs conseils avisés. Il tient également à remercier Séverine DUSOLIER, Alexandre CRUQUENNAIRE, Fabrice DE PATOUL et Bertrand DE HEMPTINNE pour les échanges de vues et le temps qu'ils ont bien voulu lui consacrer.

(2) Prés. Civ. Bruxelles, 26 novembre 2004, A&M, 2005/1, p. 49, note L. VAN BUNNEN; J.T., 2005, p. 165, note I. SCHMITZ; R.D.T.I., 2005, n° 21, p. 89, note E. MONTERO et Y. COOL.

## I. Le *peer-to-peer*: aspects techniques

Le vocable *peer-to-peer* (littéralement, «pair à pair») désigne le phénomène de l'échange de fichiers qui a été rendu possible grâce à l'arrivée d'Internet et à la création de logiciels d'échange, tels que celui proposé au départ par Napster<sup>(3)</sup>, puis par un nombre assez impressionnant de sites tels que Morpheus<sup>(4)</sup>, Gnutella<sup>(5)</sup>, Napigator<sup>(6)</sup>, Audiogalaxy<sup>(7)</sup>, Kazaa<sup>(8)</sup>, StreamCast<sup>(9)</sup>, Grokster<sup>(10)</sup>, etc. Pour désigner le même phénomène, on parle aussi de *file sharing* ou de *file swapping*. Il s'agit en fait de «communautés virtuelles» d'utilisateurs qui, se connectant à Internet, mettent des fichiers dont ils sont détenteurs à la disposition les uns des autres. Le logiciel d'échange qu'ils utilisent en commun leur permet d'avoir accès aux fichiers des autres utilisateurs connectés au même moment, pour ensuite les télécharger.

Les fichiers échangés peuvent contenir du son (le plus souvent au format mp3), mais aussi des images (fixes ou mobiles), du texte, des logiciels... La principale caractéristique du *peer-to-peer* est l'absence de serveur central: les fichiers échangés restent en effet stockés sur le disque dur de chacun des utilisateurs du système.

Il existe quelques différences «d'architecture réseau» d'un système p2p à l'autre, certains comprenant tout de même un serveur central qui reprend la liste des fichiers disponibles chez les utilisateurs (Napster), tandis que d'autres répartissent cette liste dans la mémoire des ordinateurs connectés à son réseau (Kazaa)<sup>(11)</sup>. Cependant, les différences d'architecture ont plus une influence sur les règles de responsabilité que sur la question de savoir si l'on est en présence ou non d'un acte de communication au regard du droit d'auteur.

(3) <http://www.napster.com/>

(4) <http://www.morpheus.com/>

(5) <http://www.gnutella.com/>

(6) <http://www.napigator.com/>

(7) <http://www.audiogalaxy.com/>

(8) <http://www.kazaa.com/>

(9) <http://www.streamcastnetworks.com/>

(10) <http://www.grokster.com/>

(11) C. SHIRKY, «What is P2P... And What Isn't?», 24 nov. 2000, disponible sur <http://www.openp2p.com/pub/a/472/>.

(12) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à

## II. Étendue du droit de communication: sources internationales, européennes et belges

Au niveau international, le droit d'auteur, et plus particulièrement le droit de communication au public, est réglé avant tout par la Convention de Berne<sup>(12)</sup> et le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur<sup>(13)</sup>.

La Convention de Berne n'offre pas de droit de communication uniforme, mais propose plutôt une panoplie de droits s'appliquant chacun à différentes œuvres. En effet, la Convention a été modifiée de manière assez régulière dans le but de l'adapter à l'évolution technologique (et donc à la radiodiffusion, à la photographie, à la cinématographie, à la télévision ou aux techniques modernes de transmission). Cette «prolifération» s'explique donc par le fait qu'un nouveau droit a été inscrit à la Convention chaque fois que la technique permettait de procéder à une nouvelle forme de communication<sup>(14)</sup>.

Les articles 11 et 11<sup>ter</sup> de la Convention de Berne instaurent un droit exclusif en cas de transmission publique «par tous moyens» d'une représentation (théâtre, chorégraphie, opéra), d'une exécution (musique) ou d'une récitation (lecture d'un texte). Par contre, sont par nature exclus de ces articles les œuvres d'art visuel (les photos, les graphismes, les sculptures, les dessins, etc.), les œuvres littéraires (romans, nouvelles, etc.) sous leur forme textuelle<sup>(15)</sup>, et les logiciels ou les bases de données<sup>(16)</sup>.

Paris le 24 juillet 1971, faite à Paris le 24 juillet 1971, approuvée par la loi du 25 mars 1999, M.B., 10 novembre 1999, p. 41901.

(13) Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur adopté par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996; voy. <http://www.wipo.org>.

(14) A. et H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, p. 902, n° 1113.

(15) La «récitation» d'œuvres littéraires est couverte par l'article 11<sup>ter</sup> (*cf. infra*).

(16) J. REINBOTHÉ et S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty – Commentary and Legal Analysis*, London, Butterworths, 2002, p. 104, n° 9 et M. FICSOR, *The law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press 2002, p. 494, n° C8.03.

La transmission visée dans ces articles doit être réalisée «par fil», notamment par une connexion Internet<sup>(17)</sup> ou la télévision par câble, les transmissions «sans fil» étant couvertes par l'article 11*bis*, qui couvre les hypothèses de radiodiffusion (alinéa 1, 1<sup>o</sup> de cet article) et de retransmission lorsque celle-ci est effectuée par un autre organisme que celui d'origine (alinéa 1, 2<sup>o</sup> de cet article). La distinction est importante puisque les articles 11 et 11*ter* instaurent un droit exclusif absolu, tandis que l'article 11*bis* laisse la possibilité aux Etats de recourir à un régime de licence obligatoire (voy. l'alinéa 2 de cet article) en lieu et place du droit exclusif.

Pour remédier au trop grand morcellement du droit de communication dans la Convention de Berne, et à l'inévitable vieillissement qui en découle, le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur affiche une volonté très nette de modernisation et d'adaptation aux communications réalisées dans un environnement digital. L'article 8 du Traité contient deux avancées majeures: la formulation d'un droit général de communication et l'inclusion dans son champ d'application de la «mise à disposition».

Première avancée du Traité, le droit général de communication au public, droit exclusif («... les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil...») qui a vocation à s'appliquer à tout type de communication («toute communication au public... par fil ou sans fil») et à tout type d'œuvres («les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques...»). Il s'agit incontestablement d'un pas en avant, car les hypothèses auparavant non couvertes par la Convention de Berne le deviennent grâce au Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur<sup>(18)</sup>. De plus, il apparaît clairement dans cette disposition que les transmissions numériques sont englobées dans le droit de communication au public<sup>(19)</sup>.

Seconde avancée majeure contenue dans l'article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, l'inclusion dans la définition du droit de commu-

nication du concept de «mise à disposition». Il ne s'agit pas d'une prérogative supplémentaire accordée aux auteurs, mais bien d'une hypothèse couverte par le droit général de communication (voy. le texte: «... y compris...»). Il faut souligner la formulation totalement «technologiquement neutre», qui ne contient aucune définition et ne fait nullement référence au concept d'interactivité ou au mode de transmission qui aboutit à la mise à disposition. Il suffit que deux conditions cumulatives soient remplies: l'accès «à la demande» doit être possible «de l'endroit» et «au moment» choisi par le destinataire de la communication<sup>(20)</sup>.

La déclaration commune attachée à cet article énonce que «la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens du présent Traité ou de la Convention de Berne». Cette première phrase de la déclaration commune indique que l'article 8 est adopté sans préjudice de ce qui serait déjà prévu par les lois nationales en matière de responsabilité des intermédiaires techniques (fournisseurs d'accès à Internet ou sociétés de télécommunication)<sup>(21)</sup>. Il semble donc que les intermédiaires techniques qui opèrent dans le cadre d'Internet ne posent pas un acte de communication en relayant les transmissions réalisées via leurs installations. Ceci impliquerait donc que l'auteur d'un acte de communication sur Internet sera celui ou celle qui «injecte» le contenu dans le réseau (par exemple, en déposant un fichier sur un serveur et en le mettant à disposition, ou en ayant recours à toute autre technique d'*upload*).

Les droits voisins sont quant à eux protégés au niveau international par la Convention de Rome<sup>(22)</sup>, qui impose aux États membres d'adopter une protection en faveur des interprètes permettant de «mettre obstacle» (*sic*) à la radiodiffusion et à la communication au public de leurs exécutions (article 7, § 1<sup>er</sup>, a). Cet article n'instaure donc pas un droit exclusif à proprement parler. Cette formulation étrange s'explique par le fait qu'à l'époque, les

(17) M. FICSOR, *op. cit.*, p. 157, n° 4.19.

(18) ... à savoir en premier lieu la transmission par câble d'œuvres qui ne sont pas dramatiques ou musicales, comme les programmes d'ordinateurs ou les bases de données, et en second lieu, la retransmission d'une radiodiffusion par un organisme qui est à l'origine de la radiodiffusion originale, sont dorénavant couvertes par l'article 8 du Traité. Voy. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 104, n° 9 et M. FICSOR, *op. cit.*, p. 494, n° C8.03, selon qui, «*as regards the right of communication to the public, the elimination of the casuistic gaps in the Convention has taken place through the adoption of Article 8*».

(19) A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 137, n° 269.

(20) J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 108, n° 17.

(21) J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 112, n° 22 et M. FICSOR, *op. cit.*, p. 509, n° C8.24.

(22) Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, approuvée par la loi du 25 mars 1999, M.B., 10 novembre 1999, p. 41901.

États ayant participé à l'élaboration de la Convention voulaient utiliser une terminologie aussi neutre que possible, afin de ne pas remettre en cause les mécanismes de protection qui se situaient en dehors du droit d'auteur, et qui étaient d'application dans certaines lois nationales<sup>(23)</sup>. Elle impose ensuite de «pourvoir à la protection» contre une série d'actes (article 7, § 2, 1<sup>o</sup>). Il faut noter que le § 2, 1<sup>o</sup>, dont la formulation est encore moins contraignante que celle du paragraphe 1<sup>er</sup>, a) autorise le recours à un régime de licence obligatoire. La mise en œuvre de cet article appartient donc aux États, suivant des modalités qui sont laissées à leur libre appréciation.

La Convention prévoit également qu'en cas de communication d'un phonogramme, une rémunération équitable doit être versée à l'artiste et/ou au producteur (article 12). Il ne s'agit pas d'un droit exclusif, mais d'une forme de licence obligatoire qui, par définition, empêche son bénéficiaire de s'opposer à la communication de son travail. Il n'a pas été jugé utile d'instaurer un droit exclusif en raison du fait qu'à l'époque, la diffusion de musique à la radio était un marché secondaire par rapport aux ventes de disques dans le commerce, alors considérées comme le mode d'exploitation le plus important<sup>(24)</sup>. L'article 12 vise les communications par et sans fil («radiodiffusion... ou... communication quelconque au public») ce qui englobe tant les communications réalisées par les organismes de radiodiffusion que celles qui sont faites dans les lieux publics (bars, discothèques, commerces, salles de concert, etc.). Cependant, pour donner lieu à la rémunération équitable, l'utilisation du phonogramme doit être «directe»: elle s'applique donc «à tous les usages impliquant une manipulation directe du phonogramme»<sup>(25)</sup>, comme la programmation d'un disque par une radio ou la diffusion d'un disque par un cafetier, ce qui exclut notamment les retransmissions (par fil ou sans fil) ou l'hypothèse

du cafetier qui se contente de diffuser une émission radio<sup>(26)</sup>.

À l'instar du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur pour la Convention de Berne, un Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes<sup>(27)</sup> a été adopté en 1996 afin de moderniser la Convention de Rome. L'adoption de ce Traité marque un net progrès au niveau de la protection des titulaires de droits voisins.

Tout d'abord, le Traité remplace la formulation peu contraignante de l'article 7, § 1<sup>er</sup>, a), de la Convention de Rome<sup>(28)</sup> par un véritable droit exclusif en faveur des interprètes (article 6). Ensuite, les articles 10 et 14 consacrent la «mise à disposition» en faveur des interprètes et des producteurs. Cependant, à la différence de l'article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, il s'agit ici d'un droit exclusif à part entière, sans qu'il ne soit conçu comme faisant partie du droit de communication. Ce droit s'applique aux interprétations ou exécutions fixées (article 10) et aux phonogrammes (article 14). Ces articles ont donc pour but de conférer un droit exclusif aux titulaires de droits voisins face aux transmissions digitales «à la demande». Le droit de mise à disposition ainsi formulé est parfaitement neutre sur le plan de la technologie.

L'article 15 du Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes est de la même nature que l'article 12 de la Convention de Rome: il s'agit d'accorder une rémunération équitable aux interprètes et aux producteurs en cas de radiodiffusion ou de communication au public de leurs phonogrammes publiés à des fins de commerce.

Au niveau européen, plusieurs directives reprennent le prescrit des Conventions de Berne et de Rome et celui des Traités O.M.P.I. de manière assez fidèle. Il faut notamment mentionner la directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du

(23) Ainsi, M. FICSOR cite des exemples donnés par C. Masouyé: «*law of employment, of personality, of unfair competition or unjust enrichment, etc.*», M. FICSOR, *op. cit.*, p. 619, n° PP6.02.

(24) Voy. s. DUSOLLIER, «Internet et droit d'auteur», actualité du 7 mai 2001, <http://www.droit-technologie.org>, p. 15: «La musique était alors utilisée par les radios et télévisions comme une toile de fond, sans que cette utilisation ne puisse réellement concurrencer l'achat de disques dans le commerce, exploitation primaire des phonogrammes».

(25) F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 72, n° 160; A. et H.J. LUCAS, *op. cit.*, p. 934, note 187; M. FICSOR, *op. cit.*, p. 636, n° PP 15.04, qui explique cependant la signification du terme «directe» d'une autre façon:

«*the intention behind using this adjective was to make it clear that rebroadcasting – and obviously any other transmission – is excluded from the scope of the right*». Sous un angle pratique, il semble que les implications sont les mêmes.

(26) F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, *op. cit.*, p. 72, n° 160.

(27) Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adopté par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, voy.: <http://www.wipo.org>.

(28) Article 7, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de Rome: «La protection prévue par la présente Convention en faveur des artistes-interprètes ou exécutants devra permettre de mettre obstacle...».

droit d'auteur<sup>(29)</sup>, qui est une copie *quasi* textuelle des dispositions de la Convention de Rome (voy. l'article 8 de la Directive) et la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>(30)</sup>, qui intègre les dispositions des Traités O.M.P.I. de 1996.

Pour terminer ce rapide tour d'horizon des sources du droit de communication, il convient d'aborder le cadre réglementaire belge. La Belgique est partie à tous les textes internationaux examinés ci-dessus. Elle les a également tous ratifiés, à l'exception des Traités O.M.P.I. Les directives citées au paragraphe précédent ont également été intégrées en droit interne<sup>(31)</sup>.

La loi qui règle la matière du droit d'auteur est la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins<sup>(32)</sup>, qui remplace l'ancienne loi du 22 mars 1886<sup>(33)</sup>. En matière de droit de communication au public, elle prévoit des dispositions en faveur des auteurs, et d'autres en faveur des titulaires de droit voisins.

La loi dispose que «l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque» (article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4). Il faut donc remarquer que dès l'adoption de la loi, et sans avoir eu besoin de modifier le texte de cet article dont la formulation est tout à fait générale, le titulaire de droit peut faire valoir son droit exclusif à chaque étape de la communication au public<sup>(34)</sup>.

Il est donc à présent communément admis que ce droit couvre aussi bien la représentation ou l'exécution d'une œuvre «sur scène» que les communications au public via des modes techniques de trans-

mission tels que la radiodiffusion, la communication par satellite et les modes de diffusion sans fil, la transmission et la retransmission par câble et les modes de diffusion par fil, la communication de la retransmission dans un lieu public (par haut-parleur ou par un procédé analogue), mais aussi les transmissions numériques<sup>(35)</sup>. En effet, depuis l'arrêt *Central Station*<sup>(36)</sup>, il est unanimement admis que les transmissions en ligne sont des «communications au public», malgré le fait qu'elles sont réalisées de point à point, et qu'elles peuvent également l'être à la demande<sup>(37)</sup>. L'intégration récente dans la loi du droit de mise à disposition contenu dans l'article 3 de la directive «droit d'auteur» confirme d'ailleurs ce point de vue.

La loi consacre également plusieurs dispositions aux titulaires de droits voisins. L'article 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 énonce que l'artiste-interprète ou exécutant «a seul le droit de communiquer sa prestation au public par un procédé quelconque». Ce droit exclusif est donc formulé de la même manière que le droit de communication au public accordé aux auteurs. De plus, à l'instar des auteurs, les interprètes profitent également du droit exclusif instauré par l'article 51 en cas de retransmission par câble.

Cependant, lorsque la communication a lieu au départ d'une prestation qui a été précédemment reproduite ou radiodiffusée, la loi prévoit une licence obligatoire qui ne permettra donc pas l'interprète de s'opposer à la communication au public de sa prestation. Moyennant quelques aménagements propres à la loi, il s'agit précisément de l'application du régime de la licence obligatoire qui est prévu dans la convention de Rome et la directive «droits voisins». L'article 41 couvre deux types

(29) Directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur, *J.O.C.E.*, 27 novembre 1992, n° L 346/65, ci-après «directive droits voisins».

(30) Directive 2001/29/CE 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.*, 22 mai 2001, n° L 167/10, ci-après «directive droit d'auteur».

(31) La directive droit d'auteur, pour laquelle la Belgique accusait un certain retard puisqu'elle devait être transposée pour le 22 décembre 2002 (article 13, § 1<sup>er</sup>), vient d'être transposée par la loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *M.B.*, 27 mai 2005, pp. 24997 à 25012.

(32) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, pp. 19297 à 19314, ci-après «loi».

(33) Loi du 26 mars 1886 sur le droit d'auteur, *M.B.*, 26 mars 1886.

(34) Voy. notamment Cass., 25 juin 1982, *R.I.D.A.*, n° 118, 1983, p. 234.

(35) Voy. l'énumération non limitative qui est contenue dans les travaux parlementaires: rapport De Clerck, *Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1991-1992, 473/33, p. 64, ci-après rapport De Clerck.

(36) Prés. Civ. Bruxelles, réf., 16 octobre 1996, *A&M*, 1996, p. 426, confirmé par Bruxelles, 28 octobre 1997, *A&M*, 1997, p. 383; ci-après *Central Station*.

(37) Voy. notamment A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique – Logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 63, n° 56, F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 125, n° 149 et note 256.

d'usage. Tout d'abord, la communication d'une prestation dans un lieu public, d'une reproduction licite (un disque par exemple) ou d'une radiodiffusion licite. Cela veut donc dire que, moyennant le respect de deux conditions cumulatives, à savoir l'utilisation de la prestation en dehors d'un spectacle et la gratuité de la communication, le commerçant qui fait fonctionner une radio dans sa boutique, ou le cafetier qui passe un disque dans son bar sera redevable de la rémunération équitable. Si l'une de ces conditions n'est pas vérifiée, l'interprète a le droit d'opposer son droit exclusif à l'utilisation de sa prestation<sup>(38)</sup>. Ensuite, cet article couvre également la radiodiffusion d'une prestation, à partir d'une reproduction licite ou à partir d'une radiodiffusion licite. Il s'agit donc de retransmissions («la radiodiffusion d'une radiodiffusion licite»), les transmissions «d'origine» (par exemple la radiodiffusion d'un concert donné par l'interprète) restant liées au droit exclusif de l'article 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3.

L'article 41, 2<sup>o</sup> pose toutefois une question qui n'est pas sans intérêt: que faut-il entendre par «radiodiffusion» d'une prestation? La loi ne contenant aucune définition<sup>(39)</sup>, quelques indications peuvent être trouvées dans la convention de Rome et dans la directive «droits voisins», dont est issu l'article 41. Or, dans ces textes, le terme de «radiodiffusion» couvre les techniques de communication sans fil (en ce compris les communications satellites). Il n'en reste pas moins que certains auteurs semblent lui donner une portée plus large<sup>(40)</sup> et que la discussion qui a lieu à propos de la signification de ce terme dans les travaux préparatoires est assez embrouillée...<sup>(41)</sup>. Quoi qu'il en soit, si l'on met

les articles 41 et 51 de la loi en parallèle, il ressort que la rémunération équitable n'est due que dans l'hypothèse d'une retransmission réalisée sans fil, tandis que les retransmissions par câble restent liées au droit exclusif, conformément à l'article 51.

Pour le reste, la loi prévoit également des dispositions en faveur des producteurs (droit exclusif «de communiquer au public par un procédé quelconque le phonogramme ou la première fixation du film», article 39, alinéa 4 et rémunération équitable, article 41) et des radiodiffuseurs (droit exclusif de communication, article 44, § 1<sup>er</sup>)<sup>(42)</sup>.

Pour terminer cet examen du champ d'application du droit de communication, il convient de dire quelques mots à propos de l'exception contenue à l'article 22, 3<sup>o</sup>, de la loi qui autorise «la communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille». En effet, s'agissant du droit de communication, les textes internationaux et communautaires laissent le soin aux droits nationaux de tracer la limite entre sphère publique et sphère privée. La notion de «cercle de famille» doit permettre de cerner avec précision l'étendue de la communication au public: par définition, tout acte rendant une œuvre perceptible est une «communication au public» à moins que cet acte n'ait lieu dans le cadre du cercle de famille. Il reste néanmoins à définir les limites de la notion de «cercle de famille».

Si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la loi, le cercle de famille est une notion de stricte interprétation, qui ne peut en aucun cas être assimilée à l'exécution privée dans le cadre par exemple d'une école ou d'une a.s.b.l.<sup>(43)</sup>. Cependant, à la lecture de l'article 46 prévoyant le même type d'ex-

(38) F. BRISON, «Le chapitre 2 de la loi sur le droit d'auteur: des droits voisins», *R.D.C.*, 1996, pp. 4-27, p. 21.

(39) Rapport De Clerck, p. 60, qui explique que celles-ci «restreignent trop fortement les possibilités d'interprétation de la jurisprudence, et ce, surtout lorsqu'il s'agit d'une matière aussi changeante que le droit d'auteur».

(40) F. BRISON, *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, op. cit., n° 924, p. 407, et F. BRISON, «Le chapitre 2 de la loi sur le droit d'auteur: des droits voisins», *R.D.C.*, 1996, p. 21.

(41) Rapport De Clerck, pp. 247-248: Dans l'ordre, on parle d'abord de «concept classique, internationalement entendu dans un sens large» recouvrant également le câble. Puis on rappelle que la définition qui était contenue dans la proposition Lallemand parlait de «radiocommunication», ce qui exclut les techniques par fil. On évoque également la possibilité «d'inscrire dans un article de la loi le principe suivant lequel la diffusion par câble ou satellite tombe sous le champ

d'application de la radiodiffusion», possibilité qui semble être abandonnée en raison du fait que «la radiodiffusion implique des modes de communication de programmes, à l'exclusion de la transmissions par câble». Bizarrement, il est ensuite mentionné que la Convention de Rome définit ce terme, mais que la définition «n'est plus d'actualité», alors même que l'article dont il est discuté provient de ladite Convention (!). Pour terminer, la directive câble-satellite fait l'objet d'une interprétation étrange, en ce que «celle-ci évoque les techniques de communication soit par satellite, soit par câble, soit par voie hertzienne, étant entendu que le terme générique est celui de radiodiffusion»!

(42) Il faut cependant noter que l'intégration prochaine dans la loi belge du droit de mise à disposition devrait également profiter aux radiodiffuseurs, conformément à l'article 3 de la directive droit d'auteur. Cela leur permettra notamment de s'opposer à la retransmission à la demande de leurs émissions via internet.

(43) Rapport De Clerck, p. 192.

ception à propos des droits voisins, le doute s'installe: l'exception joue en cas de communication dans le cercle de famille «ou dans le cadre d'activités scolaires». Les travaux préparatoires ne sont d'aucun secours concernant cet article, ce qui contribue à rendre le contour de cette exception encore plus flou... ce qui ne manque pas de déteindre sur la jurisprudence. En effet, certaines décisions de la Cour de cassation font une application stricte de l'exception et vont jusqu'à condamner des commerçants dont la radio se situe «derrière le comptoir»<sup>(44)</sup>, tandis que d'autres décisions émanant de la même Cour interprètent plus largement la notion et assimilent notamment une maison de repos au cercle de famille<sup>(45)</sup>. Plusieurs auteurs plaident d'ailleurs à juste titre pour une interprétation plus large de cette notion, qui permettrait d'appliquer l'exception d'une part dans «tout groupe qui est réellement fermé et uni par un lien social particulier (familial, professionnel, amical, voire même "mondain" s'il est effectivement privé)»<sup>(46)</sup>, et d'autre part dans le cas de communications publiques «qui ne sont qu'occasionnellement, souvent accidentellement, audibles par le public»<sup>(47)</sup> et pour lesquelles il appartiendrait au juge du fond d'apprécier si leur objet est bien de rendre l'œuvre publique<sup>(48)</sup>.

### III. Le *peer-to-peer* face au droit de communication

Il convient à présent d'aborder l'objet de cet article et de confronter le *peer to peer* au droit de communication. En conséquence, il s'agit de déterminer les aspects techniques qui ont un effet sur la nature du droit, à savoir droit exclusif ou rémunération équitable, qu'un auteur ou un titulaire de droit voisin va pouvoir invoquer face au *peer to peer*.

De ce point de vue, il semble que les textes analysés ci-dessus s'appuient principalement sur deux types d'éléments techniques. D'une part, le vecteur par lequel les contenus transitent et grâce auquel l'échange de fichier a lieu. Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'échange a lieu «par fil» (câblodistribution, ligne téléphonique, fibre optique, etc.) ou «sans fil» (voie hertzienne, satellite, etc.). D'autre part, il s'agit de vérifier si la «mise à disposition de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement» est effective ou non. Il convient de développer ces deux distinctions.

Tout d'abord, le type de vecteur («par fil» ou «sans fil») va avoir une influence sur la nature du droit accordé à l'auteur ou au titulaire de droit voisin. Il ressort en effet des différents textes analysés précédemment que le droit exclusif ou la rémunération équitable s'applique en fonction de la technique de diffusion. Or, il est difficile de soutenir à l'heure actuelle qu'Internet est uniquement un réseau câblé, puisqu'il est constitué d'installations «par fil» (par exemple: lignes téléphoniques, réseau de télédistribution, lignes optiques, etc.), mais aussi de liaisons satellites ou d'autres formes de réseaux «wireless»<sup>(49)</sup>. Les fichiers qui sont échangés sur Internet transitent donc indifféremment «par fil» ou «sans fil» sans pouvoir déterminer à l'avance le chemin que va suivre tel ou tel flux de données, ce qui ne va pas sans poser d'épineux problèmes au niveau juridique... et qui atteste de la désuétude de certains textes légaux à l'heure de la convergence des médias.

Ensuite, il y a lieu d'examiner si les conditions d'application du droit exclusif de mise à disposition sont respectées. Conformément aux Traités O.M.P.I., il faut vérifier si l'accès au contenu peut être réalisé «de l'endroit» et «au moment» choisi par l'internaute<sup>(50)</sup>, en gardant à l'esprit que ces deux conditions sont cumulatives. L'interactivité au

(44) Cass., 26 septembre 1996, *I.R.D.I.*, 1997, p. 172, note VANHEES, ainsi que Cass., 30 janvier 1998, *A&M*, 1998, p. 224, note N. IDE et A. STROWEL. Ces deux arrêts sont, à raison, vivement critiqués par A. PUTTEMANS, «Tout acte rendant une œuvre perceptible par des tiers n'est pas nécessairement une «communication au public» de cette œuvre», *A&M*, 2000, p. 207. Dans le même sens, voy. également Cass., 8 octobre 1999, *A&M*, 2000, p. 289 à propos d'un club de football, et Cass., 21 novembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 35, note H. VANHEES.

(45) Cass., 18 février 2000, *A&M*, 2000, p. 290. Dans le même sens, l'arrêt *Coditel* (*supra*) estime que les copropriétaires ont entre eux un lien d'intimité qui implique que la captation en commun d'émissions de

télévision par l'intermédiaire d'une antenne collective est une communication privée. Voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 114, n° 60 et p. 160, n° 90.

(46) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 123, n° 148.

(47) A. BERENBOOM, «Chronique de jurisprudence – Le droit d'auteur (1994-200)», *op. cit.*, p. 677, n° 11.

(48) A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 209, n° 7.

(49) Comité permanent O.M.P.I. du droit d'auteur et des droits connexes, «La protection des organismes de radiodiffusion», doc. SCCR/7/8 du 4 avril 2002, p. 11, n° 47.

(50) Article 8 W.C.T., articles 10 et 14 W.P.P.T.

sens des Traités O.M.P.I. doit s'apprécier au regard des possibilités d'accès qui sont offertes à l'utilisateur, ce qui doit être distingué de l'interactivité technique. En effet, techniquement, toutes les formes de transmission sur Internet peuvent être qualifiées d'interactives, puisqu'il s'agit toujours de machines qui communiquent l'une l'autre via un réseau<sup>(51)</sup>. Cependant, cela ne signifie pas que tout utilisateur puisse avoir accès à contenu qu'il désire écouter «de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement».

L'accès à Internet peut se faire à partir de n'importe quelle machine connectée au réseau, et le choix de l'endroit à partir duquel on accède à un contenu sera donc toujours libre<sup>(52)</sup>. Par contre, l'utilisateur n'a pas toujours le choix quant au moment auquel il accède à une information précise. Par exemple, il en est ainsi pour certaines formes de *webcasting*: certaines *webradios* diffusent des programmes prédéterminés sur lequel l'auditeur n'a aucune emprise, tandis que d'autres offrent de nombreuses possibilités d'écoute «à la carte»<sup>(53)</sup>.

Tout dépendra donc des modalités d'accès au contenu, et des fonctionnalités qui sont offertes aux internautes. Ceci implique sur le plan juridique que certains services disponibles sur le réseau dépendront du droit de mise à disposition, et d'autres du droit de communication<sup>(54)</sup>. Concernant le *peer to peer*, il est d'ores et déjà possible de dire que l'accès aux fichiers en réseau est toujours possible «de l'endroit» et «au moment» choisit par l'utilisateur. En conclusion, tout échange de fichier relève par définition de la mise à disposition, quelque soit la technique utilisée (serveur centralisé ou non).

Une fois que l'on a mis en avant ces deux types d'aspects techniques, il importe d'identifier celui ou celle qui procède à l'acte de communication. Cette question doit être posée à chaque étape de la communication, c'est-à-dire chaque fois qu'un nouveau public a accès au programme diffusé. En principe,

sur Internet, chaque intermédiaire (c'est-à-dire les sociétés de télécommunications détentrices des câbles, des satellites, des antennes par lesquels transite l'information) pose donc un acte de communication. Cependant, depuis le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, une partie de ces intermédiaires bénéficient d'une exemption en vertu de la déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur.

L'existence d'un acte de communication est donc vérifiée en premier lieu dans le chef des utilisateurs de système *peer to peer*, qui alimentent les échanges en fournissant divers fichiers. Il semble donc que le fournisseur des installations grâce auxquelles l'échange a lieu bénéficie de l'exemption prévue par l'article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur et le considérant 27 de la directive droit d'auteur. Les sociétés de télécommunications qui détiennent le réseau sont donc exemptées d'autorisation. Par contre, le sort du fournisseur de technologie (c'est-à-dire Kazaa, Napster, Morpheus...), qui met le logiciel d'échange à disposition et le sort du fournisseur d'accès demeurent entourés d'un certain flou... En effet, ces derniers ne bénéficient pas de l'exemption citée ci-dessus, puisqu'on ne peut les qualifier de «fournisseur d'installation»<sup>(55)</sup>. Étant donné que jusqu'ici, la plupart des contestations sur le plan juridique portaient sur des questions liées à la responsabilité de ces acteurs<sup>(56)</sup> et non sur une quelconque infraction de leur part au droit exclusif de communication au public, la question reste ouverte...

Pour terminer ce préliminaire à la qualification juridique du *peer to peer* sous l'angle du droit de communication, il convient de se poser la question de savoir si l'offre de fichiers est bien une communication *au public*. Les textes internationaux ou européens ne donnant pas de définition de la «communication au public» et renvoyant expressément aux lois nationales, il faut donc se référer à la loi belge.

(51) Doc O.M.P.I., p. 13, n° 56.

(52) Pour que le droit exclusif de mise à disposition s'applique, il n'est pas nécessaire que l'accès à un contenu donné soit possible à partir de n'importe quelle machine. Il peut aussi y avoir mise à disposition dans des hypothèses où l'accès est plus limité: par exemple, dans le cas de réseaux intranets ou de cédroms accessibles au sein d'une université, d'une entreprise, d'une bibliothèque ou d'une école. Voy. J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 111, n° 20, p. 340, n° 14 et p. 372, n° 13.

(53) Précisément, on distingue habituellement *webcasting* (diffusion par Internet) et *simulcasting* (diffusion simultanée par Internet et par la voie hertzienne). Cette distinction, qui n'a pas vraiment d'influence sur le plan juridique, atteste toutefois du niveau d'interac-

tivité: en cas de *simulcasting*, il est impossible «d'avoir accès au moment choisit individuellement», puisqu'il s'agit de diffusion programmes radio «classiques», qui ne permettent pas à l'auditeur de choisir ce qu'il veut écouter.

(54) J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 109, n° 20, p. 339, n° 14, p. 370, n° 13.

(55) J. GINSBURG, «*The (new?) right of making available to the public*», p. 10, disponible sur [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=602623](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=602623).

(56) Pour un résumé, voy. C. DE KEERSMAEKER, «*Muziek op het internet: auteurs- en naburige rechten op het spel? Ontwikkelingen sinds begin 2001*», *A&M*, 2003, p. 186.

Au vu des critères dégagés par la jurisprudence et examinés ci-dessus, le *peer to peer* sera considéré comme une communication au public, chaque fois que l'échange a lieu en dehors du cercle de famille... ce qui est assez fréquent en pratique puisque les systèmes d'échange de fichier s'adressent à un nombre indéterminé de personnes, Internet étant potentiellement accessible à tous. En effet, dans la grosse majorité des cas, l'échange a lieu en dehors du cercle de famille, ou même «d'un groupe qui est réellement fermé et uni par un lien social particulier»<sup>(57)</sup>.

La question principale se doit à présent d'être abordée: qu'en est-il de l'échange de fichier au regard du droit de communication et du droit de mise à disposition?

Au niveau international, les articles 11, § 1, 2° et 11ter, § 1, 2° de la Convention de Berne qui visent la transmission publique «par tous moyens» (pour autant qu'il ne s'agisse pas de radiodiffusion, *cf supra*) d'une représentation, d'une exécution ou d'une récitation, sont pleinement applicables dans le cadre de réseaux numériques<sup>(58)</sup>. Le *peer to peer* (pour autant que les fichiers transitent par fil...) pourrait donc relever du droit exclusif de l'auteur en vertu de ces articles. De même, les hypothèses d'échange *wireless* pourraient tomber sous le coup de l'article 11bis de la Convention de Berne.

Cependant, rien n'indique que ces articles s'appliquent au *peer to peer* puisque tous ces articles de la Convention de Berne ont été rédigés dans un contexte précis, assez éloigné des réseaux numériques et de la livraison de contenu *on demand*<sup>(59)</sup>. Au moment de l'adoption de ces articles, toutes les transmissions radio ou télé étaient réalisées «de point à multipoint»<sup>(60)</sup> à un public «passif» qui n'opère aucun choix quand au contenu ou au

moment de réception<sup>(61)</sup>. À présent, grâce à Internet, les communications se font «de point à point»<sup>(62)</sup> et les contenus peuvent être délivrés à la demande<sup>(63)</sup>. C'est d'ailleurs pour ces raisons qu'il a été décidé en 1996 au sein de l'O.M.P.I. d'adopter un Traité tenant compte des transmissions digitales.

D'un autre côté, la Convention de Berne n'exclut pas expressément les transmissions à la demande<sup>(64)</sup>, et on pourrait tenter de l'appliquer à Internet. Cependant, cela ne va pas sans poser quelques problèmes... À la lecture de l'article 11bis, § 2 (qui concerne la retransmission par fil et sans fil d'une radiodiffusion), on peut supposer que tout organisme dont les installations font partie du réseau doivent obtenir les autorisations des auteurs dont ils transmettent les œuvres, ce qui est difficile à imaginer en pratique, vu le nombre de relais et le caractère aléatoire du cheminement des données sur Internet. La déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur dispose quant à elle que «la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens (...) de la Convention de Berne» et permet donc d'éclaircir la situation, mais on peut s'interroger sur la véritable portée d'une déclaration qui ne vaut que pour les États parties au Traité.

Étant donné l'obsolescence de la Convention de Berne dans le domaine des transmissions à la demande, la réponse adéquate au *peer to peer* est apportée par l'article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, qui vise la mise à disposition, peu importe que l'échange ait lieu par fil ou sans fil. Mettre un fichier en réseau est un acte de communication au public, et l'autorisation de l'auteur est requise. À ce sujet, la déclaration commune à cet

(57) F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 123, n° 148. Voy également Th. DESURMONT, «Qualification juridique de la transmission numérique», *R.I.D.A.* n° 70, octobre 1996, p. 71: «Dans de nombreux cas, le fait que la communication s'adresse bien à un public ne prête pas véritablement à discussion, les programmes et œuvres qui y figurent s'adressant à un nombre indéfini de personnes, cela restant le cas alors même que le programme n'est accessible que sur abonnement ou moyennant paiement à la demande puisque, en ce cas, toute personne désireuse d'y avoir accès le peut dès lors qu'elle accepte d'en payer le prix».

(58) M. FICSOR, *op. cit.*, p. 157, n° 4.19.

(59) J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 7.

(60) Comité permanent O.M.P.I. du droit d'auteur et des droits connexes, «La protection des organismes de radiodiffusion», doc. SCCR/7/8 du 4 avril 2002, pp. 5 et 12: «Procédé par lequel un même signal, provenant d'une même source, est transmis à une multi-

tude de consommateurs. Tous les points terminaux doivent recevoir ce signal pratiquement au même moment. (...) Ce procédé se distingue des transmissions "point à point", qui intéressent les consommateurs individuellement».

(61) En effet, en radiodiffusion classique, chaque utilisateur reçoit les mêmes informations au même moment que ses pairs. On parle aussi de *push technology*.

(62) ... En ce qu'il existe «une liaison virtuelle par usager, qui permet une lecture en transit parallèle point à point pour chacun des abonnés», et qui leur permet de recevoir le contenu qu'ils désirent au moment où ils le désirent. Voy. Comité permanent O.M.P.I. du droit d'auteur et des droits connexes, «La protection des organismes de radiodiffusion», doc. SCCR/7/8 du 4 avril 2002, p. 12.

(63) ... Et on parle ici de *pull technology* puisque l'internaute «tire» à lui les contenus qu'il désire obtenir.

(64) J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 7.

article<sup>(65)</sup> indique que cette autorisation devra en tout cas être obtenue par les utilisateurs de systèmes d'échange de fichiers et la question reste ouverte en ce qui concerne les fournisseurs du réseau et ceux du logiciel d'échange.

À l'instar de la Convention de Berne, la Convention de Rome, qui protège les titulaires de droits voisins, semble inadaptée aux communications interactives. Par contre, les articles 10 et 14 du Traité de l'O.M.P.I. sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes instaurent un droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public en faveur des interprètes et des producteurs. Ce droit peut être invoqué face au *peer to peer*, quelle que soit la technique utilisée. Bien qu'aucune disposition comparable à la déclaration commune à l'article 8 du Traité sur le droit d'auteur ne soit contenue dans le présent Traité, la sagesse impose d'interpréter les articles 10 et 14 dans le sens de cette déclaration commune.

La portée générale du droit de communication contenu dans la loi belge accorde un droit exclusif à l'auteur, quelle que soit le vecteur par lequel l'échange fichiers a lieu (par fil ou non). Ceci est d'ailleurs confirmé par l'arrêt *Central Station*, et l'inclusion récente de la mise à disposition dans le champ du droit exclusif de communication conformément à l'article 3 de la directive droit d'auteur (droit exclusif d'autoriser la communication par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres). L'interprétation de ce dernier article sera d'ailleurs utilement éclairée par le considérant 27 de la directive dont il est issu<sup>(66)</sup>.

La loi accorde également aux interprètes et aux producteurs un droit exclusif couvrant les communications par fil (articles 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, 39, alinéa 4, et 51). Avant la transposition de la directive droit d'auteur, un doute pouvait toutefois subsister par rapport à l'échange de fichiers. En effet, l'arrêt *Central Station* ne traitait que du droit des auteurs d'autoriser les transmissions numériques à la demande de leurs œuvres. Il n'était donc pas certain qu'il soit autorisé d'étendre ce raisonnement aux droits voisins. Le droit exclusif de mise à dispo-

sition instauré par l'article 3 de la directive droit d'auteur permet donc de clarifier la situation.

## Conclusion

Le *peer-to-peer*, et les communications interactives en général, ont quelque peu ébranlé le droit de communication. Cependant, l'arrivée du concept de mise à disposition dans les Traités O.M.P.I. permet à présent au droit d'auteur d'avoir une emprise sur des phénomènes tels que le *peer to peer*.

Il est également important de noter que si le champ d'application morcelé et incomplet du «droit de communication au public» contenu dans les Conventions de Berne et de Rome a assez mal vieilli face aux nouvelles technologies, le droit de communication contenu dans le Traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur ou dans la loi belge sont promis à un avenir radieux. Le droit de communication dans le cadre du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur (article 8) est en effet infiniment plus apte à prendre en compte les techniques modernes de communication, telles que le *peer to peer*, grâce à sa formulation générale et technologiquement neutre. Il en est de même pour le droit de communication contenu dans la loi sur le droit d'auteur. Ce droit, formulé de manière encore plus générale que l'article 8 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur, lui donne une souplesse extrême. La preuve en est qu'il fut adopté bien avant le Traité, et que grâce à une interprétation jurisprudentielle progressiste, il continue de passer sans difficultés au travers de l'évolution technologique, en résistant notamment à l'arrivée des communications «à la demande». On ne peut que s'en féliciter.

Cependant, face à l'échange de fichiers *on line*, tous ces textes laissent subsister un doute au niveau de l'auteur de l'acte de communication. Autrement dit: en matière de *peer to peer*, qui communique? Quelle est la portée exacte de la déclaration commune de l'article 8 du Traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur? S'il apparaît que la situation des éditeurs de logiciel<sup>(67)</sup> et des utilisateurs<sup>(68)</sup> de systèmes *peer*

(65) À savoir: «la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au sens du présent Traité».

(66) Le considérant 27 reprend le contenu de la déclaration commune à l'article 8 W.C.T. («la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une communication au sens de la présente directive»), ce qui permet de déterminer le sens dans lequel il faut interpréter l'article 3 de la directive.

(67) En 2000, les créateurs de Napster ont été reconnus coupables de violation indirecte du droit d'auteur, en raison du fait qu'ils tenaient à disposition des utilisateurs un serveur central contenant les fichiers mis en partage et contenus dans les machines connectées via leur logiciel. Par contre, en l'absence de serveur centralisé, aucune violation, même indirecte, ne peut être constatée dans le chef de l'éditeur de logiciel. C'est en tout cas ce qui fut jugé à propos de Kazaa, Grokster ou Morpheus.

(68) Le plus souvent, les utilisateurs sont condamnés sur la base d'une violation du droit de communication,

to peer face au droit de communication est à présent réglée dans les grandes lignes, il subsiste un doute au niveau des fournisseurs d'accès.

Le récent jugement *Sabam vs. Tiscali* intervenu en novembre 2004 donne quelque espoir d'éclaircir les choses sur ce plan... Cette affaire concerne une société de gestion de droits, à savoir la Sabam, qui attaque un fournisseur d'accès Internet, à savoir Tiscali, pour les violations au droit d'auteur qui sont commises par ses clients via des systèmes d'échange de fichiers. La Sabam demande au président du tribunal, premièrement, de constater l'existence d'atteintes notamment au droit de communication, et deuxièmement, de faire cesser ces atteintes par le biais d'une action en cessation sur la base de l'article 87, § 1<sup>er</sup> de la loi.

Concernant cette seconde demande, laquelle est l'occasion de développements assez étendus dans la décision, le juge répond positivement. Il suit le raisonnement de la Sabam en ce qu'il condamne Tiscali à faire cesser les atteintes au droit d'auteur alors même que cette dernière n'est pas directement à l'origine de ces atteintes. Il se base pour cela sur l'article 8, § 3, de la directive droit d'auteur et sur le considérant 59 de ladite directive qui énonce que les fournisseurs d'accès sont «les mieux à même de mettre fin à ces atteintes». On peut donc en déduire que le juge reconnaît que Tiscali ne pose pas d'acte de communication, même si elle permet de rendre de tels actes effectifs.

Une autre question évoquée dans ce jugement est de savoir si le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures positives, telles de mesures de filtrage, au-delà de l'ordre de cessation. Assez justement, le juge s'abstiendra d'ordonner de telles mesures, puisqu'il

n'est pas sûr qu'elles permettraient de «mettre fin de manière effective à la situation illicite». Le juge demande en effet «que soit démontré que l'ordre puisse produire un résultat et partant que des mesures soient techniquement possibles pour empêcher les atteintes au droit d'auteur», ce qui, en l'espèce, n'est pas sûr. Il suffira par exemple aux internautes de changer de fournisseur d'accès, d'autant plus que la Sabam n'a jusqu'ici poursuivi Tiscali, qui occupe seulement une petite part du marché. En conséquence, il donne à juste titre raison à Tiscali en ce «qu'elle estime qu'il appartient à la Sabam de démontrer que des mesures sont techniquement possible dès lors qu'une certaine jurisprudence étrangère aurait reconnu la non-faisabilité technique des mesures»<sup>(69)</sup>.

Par contre, la première demande formulée par la Sabam, c'est-à-dire la constatation de la violation du droit de communication au travers des services offerts par Tiscali, qui permettent d'avoir accès à des systèmes d'échange de fichier, la situation est moins claire... En effet, le préalable à une action en cessation est de constater l'usage illicite. De ce point de vue, le jugement laisse un goût de trop peu puisqu'il se contente de mentionner que «nombreux articles de presse» et le «débat de société soulevé en France (...) démontrent, si besoin en est, l'ampleur du problème», et qu'au vu de cela «il n'existe aucune raison de croire que la s.a. Tiscali (...) serait épargnée par le phénomène». En conclusion, le juge «déduit de l'ensemble de ces considérations qu'est établie l'existence d'atteintes au droit d'auteur». Des *suppositions* servent donc de base à la *constatation* d'atteintes au droit de communication, ce qui sur le plan juridique semble un peu faible...

ce qui paraît assez logique, vu qu'il s'agit purement et simplement d'une mise à disposition, conditionnée à l'autorisation de l'auteur. À noter que dans ce cas, l'Adami (Société française de gestion collective de droit des artistes-interprètes) propose d'instaurer une redevance à percevoir auprès des fournisseurs d'accès Internet. Il s'agirait donc d'une licence légale, à l'instar du

régime de la copie privée, qui permettrait aux internautes ayant acquitté ladite redevance, de mettre des fichiers à disposition sans autorisation de l'auteur.

(69) Dans le même sens, voy. E. MONTERO et Y. COOL, «Le *peer-to-peer* en sursis», note sous Prés. Civ. Bruxelles, réf., 26 novembre 2004, *R.T.D.I.*, 2005, n° 21, p. 89.