Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le peer to peer en sursis

Cool, Yorick; Montero, Etienne

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Cool, Y & Montero, E 2005, 'Le peer to peer en sursis', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 21, pp. 89-106.

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.

Download date: 05. Jul. 2025

rdti-21.book Page 89 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

Civ. Bruxelles (réf.), 26 novembre 2004

Note d'observations de Etienne MONTERO[1] ET YORICK COOL[2]

S.C.R.L. Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs, en abrégé SABAM c/ S.A. Tiscali

ACTION EN CESSATION – DROIT D'AUTEUR – RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES – *PEER-TO-PEER*

L'article 87, § 1er, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins permet d'agir en cessation contre une personne qui n'est pas à l'origine de l'atteinte au droit d'auteur dont la cessation est demandée. Ainsi permet-elle notamment d'agir contre un intermédiaire technique dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur.

Un ordre de cessation doit mettre fin de manière effective à la situation illicite. Quand, comme c'est le cas en l'espèce, le juge ne s'estime pas assez éclairé sur l'efficacité des mesures techniques dont il pourrait exiger la mise en œuvre, il lui appartient d'ordonner une expertise.

Objet des demandes.

Attendu que la demande principale tend:

– Tiscali, entendre constater l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales appartenant au répertoire de la Sabam, en particulier des atteintes au droit de reproduction et au droit de communication au public consacré par l'article 1er, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur, du fait de l'échange non autorisé de fichiers électroniques musicaux illicites réalisés grâce à des logiciels dits *peer-to-peer*, lesquelles atteintes sont commises au travers de l'utilisation des services de la citée;
– Tiscali, s'entendre condamner à faire cesser ces atteintes, en rendant impossible ou en paralysant toute forme d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers reprenant une œuvre musicale, sans l'autorisation des ayants droit, au moyen d'un logiciel *peer-to-peer* tel que ceux repris à la liste non exhaustive en annexe de la mise en demeure de la Sabam, sous peine d'une astreinte de 25.000 € par jour ou partie d'une journée où la citée ne respecterait pas le jugement à intervenir, à partir du huitième jour suivant la signification du jugement à intervenir;
– Tiscali, s'entendre condamner à communiquer par écrit à la Sabam, dans les huit jours de la signification du jugement à intervenir, le descriptif des mesures qu'elle applique en vue de respecter le jugement, sous peine d'une astreinte de 5.000 € par jour de retard;
– Tiscali, s'entendre condamner à afficher dans les 24 heures de la signification du jugement à intervenir le texte repris ci-après et sa traduction en néerlandais, allemand et anglais, sur la page d'accueil de son site Internet

1. Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix.
2. Chercheur au C.R.I.D.

rdti-21.book Page 90 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

«Le président du tribunal de première instance de Bruxelles a condamné Tiscali à rendre impossible toute forme d'envoi ou de réception, par sa clientèle, de fichiers reprenant la reproduction d'une œuvre musicale, sans l'autorisation des ayants droit, au moyen de logiciels *peer-to-peer*. L'échange de fichiers musicaux illicites porte gravement atteinte aux droits des auteurs, compositeurs et éditeurs des œuvres musicales».

Les faits.

Attendu que la Sabam est une société de gestion qui gère en Belgique, les droits des auteurs, compositeurs et éditeurs d'œuvres musicales du monde entier;

Que la s.a. Tiscali est un fournisseur de services internet (I.S.P.) ; qu'elle permet ainsi uniquement à ses utilisateurs l'accès à internet (*access provider*) mais n'héberge pas des sites web (*hosting providers*);

Qu'au cours de ces dernières années, un usage intensif de logiciels dits *peer-to-peer* s'est développé sur internet;

Que ces logiciels (tels que notamment KaZaA, Morpheus, eDonkey2000...) permettent le téléchargement et la communication d'une information (œuvres musicales, films, documentaires, textes...) au départ non pas d'un serveur centralisé mais des ordinateurs respectifs des internautes utilisant un logiciel *peer-to-peer* similaire ;

Que les internautes échangent ainsi, après les avoir copiées sur leur ordinateur personnel, des œuvres musicales sous forme de fichiers électroniques sans autorisation des ayants droit et sans en acquitter la rémunération;

Que considérant qu'il y avait ainsi violation flagrante du droit exclusif de reproduction et de communication au public appartenant aux auteurs et qu'en sa qualité d'I.S.P., elle était «parfaitement consciente de la problématique *peer-to-peer*» dont elle profitait «dès lors que le phénomène a contribué à provoquer une hausse sensible du nombre d'internautes et de leur demande», la Sabam a mis, le 15 juin 2004, la s.a. Tiscali en demeure de prendre les mesures adéquates, dans un délai de huit jours, pour faire cesser ces violations au droit d'auteur commises par ses clients et engendrées par l'utilisation des logiciels *peer-to-peer*;

Que ce courrier étant resté sans réponse, la Sabam a lancé citation le 24 juin 2004 sur la base de l'article 87, § 1er, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (L.D.A.) ;

Discussion.

1. Demande principale.

1.1. Compétence du président du tribunal de première instance

Attendu que la s.a. Tiscali oppose à la demande une exception d'incompétence ratione materiae du tribunal de céans déduite de ce que la Sabam ne lui reproche aucune infraction à la loi sur le droit d'auteur mais uniquement à ses clients;

Attendu que la compétence d'attribution déterminée en raison de l'objet de la demande, doit s'apprécier en fonction non de l'objet réel du litige, à déterminer par le tribunal, mais de la demande telle qu'elle est formulée par le demandeur (Cass., 19 déc. 1985, Pas., 1986, I, 511);

Que la demande, telle qu'elle est formulée par la Sabam, tend à entendre «constater l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales, appartenant au répertoire de la Sabam du fait de l'échange non autorisé de fichiers électroniques musicaux illicites réalisé grâce à des logiciels dits peer-to-peer, lesquelles atteintes sont commises au travers de l'utilisation des services de la citée» et d'entendre condamner Tiscali «à faire cesser ces atteintes»;

rdti-21.book Page 91 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

Qu'aux termes de l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur, «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»;

Que telle que formulée, la demande qui tend à constater «l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales appartenant au répertoire de la Sabam» et à «faire cesser ces atteintes», relève dès lors de la compétence du tribunal de céans;

Que la question de savoir si ledit article 87, § 1er de la loi sur le droit d'auteur trouve à s'appliquer lorsque l'atteinte au droit d'auteur n'est pas le fait de la partie défenderesse mais d'un tiers qui n'est pas à la cause est étrangère à la compétence ratione materiae du tribunal;

1.2. Intérêt à agir de la Sabam

Attendu que la s.a. Tiscali argue que la Sabam ne justifie pas d'un intérêt à agir sur la base de l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur car elle ne lui reproche aucune infraction au droit d'auteur ni aucune faute;

Attendu que l'intérêt à agir au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire consiste en tout avantage matériel ou moral effectif mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme (Fettweis, Manuel de procédure civile, n° 27);

Que la Sabam soutient que la mise en cause de la s.a. Tiscali se justifie parce qu'elle est «la mieux à même de mettre fin» aux atteintes au droit d'auteur commises par ses clients;

Qu'elle fait valoir que la s.a. Tiscali ajoute une condition d'application à l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur en considérant que le demandeur ne pourrait diriger une action en cessation que contre l'auteur de l'atteinte;

Qu'elle estime que la formulation large et parfaitement claire de la loi ne s'oppose pas à ce qu'une mesure soit ordonnée à l'égard «d'un tiers qui, comme en l'espèce, n'est pas l'auteur de l'infraction mais la personne (l'intermédiaire) qui est la mieux placée pour y mettre fin de manière efficace»;

Qu'elle allègue que cette interprétation est non seulement conforme à la lettre de l'article, à son esprit mais est surtout rendue obligatoire par la directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société d'information dont l'article 8.3 dispose que «les Etats membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin»;

Attendu que la directive 2001/29 n'a pas encore été transposée en droit belge alors que le délai de transposition est expiré (22 décembre 2002); qu'un projet de loi du 17 mai 2004 a été déposé;

Attendu que «l'obligation des Etats membres de l'Union européenne, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des Etats membres, y compris dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles et, par conséquent, en appliquant le droit national, la juridiction nationale est tenue de l'interpréter à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer à l'article 189, alinéa 3, du Traité» (Cass., 9 janv. 2003, R.G. n° C.02.0046.F ; Cass.,

rdti-21.book Page 92 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

28 sept. 2001, Pas., I, 1534; Cass., 2 déc. 1996, R.C.J.B. 1998, 187 et la note de J. Verhoeven, «L'application ou la prise en considération des directives communautaires en droit belge»);

Que ce devoir d'interprétation n'est imposé au juge national que «dans toute la mesure où une marge d'appréciation est accordée au juge par son droit national» (J. Verhoeven, op. cit., p. 211 citant la jurisprudence de la C.J.C.E. et plus précisément l'affaire Von Colson et Kamaan);

Qu'en l'espèce il y a matière à interprétation dès lors que l'absence de précision de l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur quant à l'auteur de l'atteinte permet une marge d'appréciation du juge;

Que c'est à tort que la s.a. Tiscali estime pouvoir trouver dans le paragraphe 2 dudit article 87 une confirmation de ce que l'atteinte visée au paragraphe 1er ne pourrait être que le fait du défendeur à l'action; que les prérogatives inscrites au paragraphe 2 ne font en effet pas partie des dispositions qui organisent l'action en cessation (de Visscher et Michaux, Précis du droit d'auteur, n° 641);

Que c'est également de manière non pertinente que la s.a. Tiscali invoque, d'une part, que la directive n'aurait pas d'effet direct dès lors que l'article 8.3 ne serait ni clair ni précis et laisserait une liberté d'appréciation aux autorités chargées de son application et, d'autre part, qu'elle ne pourrait avoir d'effet direct horizontal;

Qu'il n'est pas contesté qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut dès lors être invoquée en tant que telle à l'encontre d'un particulier;

Que la Sabam ne se fonde toutefois pas sur l'applicabilité directe de la directive mais sur l'obligation imposée aux Etats membres par la C.J.C.E. et fondée sur les articles 5 et 189 du Traité, d'interpréter leur droit national dans un sens compatible avec la directive;

Que ce devoir d'interprétation conforme s'impose aux Etats membres à partir du moment où le délai d'exécution qui leur est imparti est expiré, ce qui est le cas en l'espèce;

Qu'il importe par ailleurs peu que soient exclusivement en cause des rapports entre particuliers (voy. J. Verhoeven, op. cit., p. 210) puisque le devoir d'interprétation s'impose au juge national dans tous les litiges qui lui sont soumis;

Attendu qu'il appartient dès lors au tribunal de céans d'interpréter l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur à la lumière du texte et de la finalité de l'article 8.3 de la directive 2001/29 et ce afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci;

Que l'article 8.3 doit lui-même être lu à la lumière du considérant 59 de la directive 2001/29 aux termes duquel «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...»;

Que le résultat visé par la directive est l'adaptation des règles en matière de droit d'auteur afin de tenir compte des nouvelles formes d'exploitation (voy. considérant 5 de la directive);

Que la finalité de l'article 8.3 lu à la lumière du résultat visé par la directive, est

rdti-21.book Page 93 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

donc bien de permettre aux titulaires de droits d'auteur d'agir contre les intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour transmettre une contrefaçon d'une œuvre protégée; que ces intermédiaires sont en effet selon la directive les mieux à même de mettre fin aux atteintes portées au droit d'auteur;

Que l'action en cessation organisée à l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur, lu à la lumière de l'article 8.3 de la directive, permet d'atteindre ce résultat;

Qu'à juste titre la Sabam fait observer que l'article 8.3 de la directive n'a pas été transposé dans le projet de loi du 17 mai 2004, ce qui laisse présumer que, pour le législateur belge, l'arsenal juridique contient déjà les dispositions permettant l'exercice du recours visé dans ladite disposition;

Attendu que la s.a. Tiscali soutient que seuls les intermédiaires qui «aident à une atteinte» commise par un tiers dans un réseau, soit les hosting providers qui hébergent des sites web par lesquels ou sur lesquels sont commises lesdites atteintes, seraient visés par la directive 2001/29;

Que l'article 8.3 vise les intermédiaires «dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur»; qu'aux termes du considérant 59, est visé l'intermédiaire «qui transmet dans un réseau» («carries» dans la version anglaise du texte et «steunt» dans la version néerlandaise);

Qu'il ne se déduit pas de ces termes généraux que ne seraient visés que les intermédiaires hosting providers;

Que la Sabam a dès lors intérêt à diriger son recours contre la s.a. Tiscali en sa qualité d'intermédiaire dont il est allégué que les services seraient utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur;

1.3. Fondement de la demande

Attendu que la s.a. Tiscali considère que l'action de la Sabam n'aurait pas de fondement légal dès lors qu'aucune faute ne lui serait reprochée;

Qu'elle soutient que la directive 2001/29 n'impose aucune obligation concrète aux intermédiaires;

Attendu que la s.a. Tiscali ne conteste pas que l'échange de fichiers électroniques musicaux non autorisé et sans paiement d'une rémunération aux titulaires des droits et ce, via un logiciel peer-to-peer, constitue en soi une atteinte au droit d'auteur;

Attendu que l'action en cessation est applicable à toute atteinte au droit d'auteur;

Qu'il suffit de constater que l'atteinte au droit d'auteur (en l'espèce une violation du droit exclusif de reproduction et du droit exclusif de communication au public des ayants droit dont la Sabam gère les droits) est illégale indépendamment de toute recherche d'une quelconque faute ou manquement au devoir de prudence;

Que la Sabam ne doit dès lors pas démontrer que la s.a. Tiscali commettrait une faute ou manquerait à son obligation générale de prudence par le fait de permettre au travers de ses services d'accès à Internet les échanges d'œuvres musicales à l'aide de logiciels peer-to-peer;

Que la référence faite en conclusions par la s.a. Tiscali aux dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information réglant la responsabilité des fournisseurs de services qui interviennent comme intermédiaires n'est dès lors pas pertinente;

Que l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur interprété à la lumière de l'article 8.3 de la directive 2001/29 cons-

rdti-21.book Page 94 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

titue 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 Sabam et pour ordonner à la s.a. 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 selon une étude O.C.D.E. produite par la Sabam plus de six cents millions de fichiers sont échangés au moyen du logiciel KaZaA (qui offre en téléchargement des œuvres des membres affiliés à la Sabam) par une moyenne de trois millions d'internautes à chaque instant donné;

Que le groupe Tiscali, qui représente près de 4% des parts du marché belge, a conclu en 2002 un accord avec les propriétaires du logiciel KaZaA pour augmenter la vente de ses services d'accès internet à large bande au moyen de publicité diffusée sur ledit logiciel;

Ces éléments précis permettent dès lors de présumer que Tiscali a, à l'instar des autres providers, parmi ses clients des utilisateurs de ce logiciel peer-to-peer qui échangent sous forme de fichiers électroniques des œuvres musicales faisant partie du répertoire des membres de la Sabam (voy. le procès-verbal de constat établi le 24 juin 2004 attestant que des œuvres du répertoire des membres de la Sabam sont offertes en téléchargement sur le réseau KaZaA);

Attendu 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 s.a. Tiscali;

Attendu que la constatation d'une atteinte au droit d'auteur contraint en principe le tribunal à en prononcer la cessation;

Que la s.a. Tiscali fait valoir que si des mesures devaient être ordonnées, encore conviendrait-il de faire une comparaison entre les intérêts des ayants droit et ceux des utilisateurs;

Qu'elle soutient qu'aucune mesure ne pourrait être ordonnée qui viserait à ce que soit rendu impossible en lui-même l'accès aux sites web qui comprennent des logiciels peer-to-peer ou qui rendrait impossible l'utilisation en elle-même des logiciels peer-to-peer dès lors que ces derniers ont également de nombreuses applications parfaitement légales;

Qu'elle estime qu'il appartient à la Sabam de démontrer que des mesures sont techniquement possibles dès lors qu'une certaine jurisprudence étrangère aurait reconnu la non-faisabilité technique des mesures;

Qu'elle considère enfin que la Sabam, qui sollicite une condamnation sous peine d'astreinte, doit préciser de manière concrète les mesures qui devraient être prises;

Attendu que, sous réserve d'un abus de droit, le tribunal ne peut refuser de prononcer la cessation de l'atteinte en recourant à une balance des intérêts qui pencherait en faveur du plaignant (de Visscher et Michaux, op. cit., n° 635);

Que l'ordre de cessation doit produire un résultat en ce sens qu'il doit mettre fin de manière effective à la situation illicite (voy. implicitement: Cass., 6 déc. 2001, A&M, 2002, 146 et la note de B. Michaux);

Que si l'article 87, § 1er, de la loi sur le droit d'auteur n'exige pas, comme le soutient la Sabam, que le demandeur à l'action ou le juge détermine les modalités techniques des mesures à prendre par le défen-

rdti-21.book Page 95 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

deur pour se conformer à l'ordre de cessation (voy. en ce sens, Bruxelles, 1er févr. 2002, A&M, 2003/3), il faut néanmoins 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;

Que la Sabam produit à son dossier deux rapports d'expertise dont les conclusions seraient de nature à confirmer la faisabilité technique de sa demande (mesures de filtrage...);

Que le tribunal se doit toutefois d'observer que l'un de ces rapports, le rapport Cap Gemini, a été réalisé en France et soumis aux signataires de la charte française du 28 juillet 2004;

Que nonobstant ce rapport, lesdits signataires ont toutefois estimé nécessaire de désigner deux experts avec pour mission d'«étudier avant le 1er octobre 2004 (leurs conclusions n'étaient toujours pas connues à la date de l'audience du 23 octobre 2004) les solutions proposées par les industriels de la musique (étude transmise par le S.N.E.P.) en matière de filtrage, à la demande des internautes, dans le domaine peer-to-peer. Si les experts l'estiment nécessaire et possible sur les plans techniques, notamment en terme de qualité de service, et économiques, et sous leur supervision, expérimenter via un ou plusieurs fournisseurs d'accès, dans les délais recommandés par les experts, certaines de ces solutions. Un bilan de l'expérimentation est établi de manière à proposer, si c'est possible (c'est nous qui soulignons) sur les plans techniques et économiques, dans des conditions réellement incitatives, le bénéfice d'un de ces systèmes aux abonnés qui le souhaitent»;

Que la s.a. Tiscali a fait examiner les deux rapports produits par la Sabam par un expert unilatéral (M. Golvers); que ce dernier considère qu'il «ressort clairement des rapports de H.P. et de Cap Gemini qu'il n'existe pas de solution miracle en la matière... Bien au contraire, le rapport de H.P. énonce une série de voies envisageables mais détaille également les limites, contraintes et impossibilités qui y sont liées, aucune ne paraissant seule réellement efficace... Le rapport de Cap Gemini est avant tout un plaidoyer pour une expérimentation de mesures restrictives, dont la faisabilité doit encore être établie sous le contrôle d'un collège d'experts... le problème majeur que soulève à mes yeux la demande de la Sabam concerne la nécessité de pouvoir faire la distinction "au vol" entre des contenus licites et illicites transitant par la technologie peer-to-peer sur le réseau internet...».

Qu'au vu de ces éléments, le tribunal estime qu'il n'est pas suffisamment éclairé sur la faisabilité des mesures techniques qui pourraient être envisagées pour qu'il puisse concrètement être mis fin aux atteintes au droit d'auteur commises par les internautes utilisant les services de la s.a. Tiscali;

Que seule une expertise permettra de faire la lumière sur cette question;

Que chacune des parties, sans demander explicitement la désignation d'un expert, sollicite que l'autre soit tenue d'avancer les frais de l'éventuelle expertise qui serait ordonnée par le tribunal;

Que lorsque l'expertise est ordonnée d'office par le juge, c'est la partie la plus diligente, celle qui a mis l'expertise en mouvement, qui est obligée à la dette des honoraires et des frais (Fettweis, Manuel de procédure civile, n° 539);

Qu'à défaut de consignation de la provision (art. 990 du Code judiciaire), le juge qui a ordonné une expertise ne peut délivrer exécutoire qu'à charge de la partie qui est légalement tenue de la verser, c'est-à-dire celle qui a requis l'expertise ou qui la poursuit (Cass., 16 nov. 1989, Pas., 1990, I, 333);

Que les frais de l'expertise devront dès lors être avancés, conformément à ces principes, par la partie qui la mettra en mouvement;

rdti-21.book Page 96 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

2. Demande reconventionnelle

Attendu que la s.a. Tiscali sollicite la condamnation de la Sabam au paiement de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire;

Qu'elle fait grief à la Sabam de n'avoir engagé de procédure qu'à son égard alors que d'autres fournisseurs d'internet, qui occupent une part nettement plus importante du marché sont également concernés et que sa condamnation ne sera d'aucune utilité puisque sa clientèle se détournera pour s'affilier à un autre *access provider*;

Attendu qu'il convient de réserver à statuer sur cette demande jusqu'à ce que le tribunal ait pu prendre connaissance du rapport de l'expertise ordonnée;

Par ces motifs,

Disons la demande principale recevable;

Constatons l'existence d'atteintes au droit d'auteur sur les œuvres musicales appartenant au répertoire de la Sabam, en particulier des atteintes au droit de reproduction et au droit de communication au public consacrés par l'article 1er, § 1er, de la L.D.A., du fait de l'échange non-autorisé de fichiers électroniques musicaux illicites réalisé grâce à des logiciels dit «peer-to-peer», lesquelles atteintes sont commises au travers de l'utilisation des services de la s.a. Tiscali;

Avant de statuer plus avant sur la demande de cessation:

Désignons en qualité d'expert, M. G., lequel aura pour mission, après avoir prêter serment, de:

- prendre connaissance de l'intégralité des rapports établis par HP, Cap Gemini et L. Golvers et d'examiner les solutions proposées dans ces rapports;
- dire si les solutions envisagées dans ces rapports sont techniquement réalisables et si elles peuvent techniquement être mises en place sur les installations de la s.a. Tiscali;
- dire si ces solutions permettent de filtrer uniquement les échanges illicites de fichiers électroniques ou bien concernent l'ensemble des utilisations *via* les logiciels «peer-to-peer»;
- dire si d'autres dispositifs (de filtrages ou autres) peuvent être envisagés pour contrôler l'usage des logiciels *peer-to-peer* et, le cas échéant, déterminer si ces dispositifs affecteraient l'ensemble des échanges internet ou seulement les échanges considérés comme illicites;
- déterminer le coût des dispositifs qui sont envisagés ou qui pourraient l'être et la durée de leur mise en place;
- répondre à toutes questions utiles des parties, les concilier si faire se peut et à défaut d'y parvenir, déposer son rapport au greffe du tribunal dans les trois mois de la mise en mouvement de l'expertise à la requête de la partie la plus diligente;

Disons que l'expert pourra se faire assister par tous autres spécialistes en la matière;

Réservons à statuer sur le surplus.

rdti-21.book Page 97 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

Le «peer-to-peer» en sursis?

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, § 1er, de la LDA[3], 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, réalisé 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, § 1er, 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, § 1er, 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 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».

3. L. 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19297 (citée «LDA»).

rdti-21.book Page 98 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

Que faut-il penser de cette interprétation de l'article 87, § 1er, 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, § 1er, 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, § 1er, 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 »[4], dont il résulte que « [l]es États 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, § 1er, 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 directive[5]. 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/CE 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.

On ajoutera que la solution retenue par le tribunal est également conforme à la directive sur le commerce électronique[6]. L'on fait référence, à cet égard, aux articles 12.3, 13.2 et 14.3, qui

4. Dir. 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.
5. 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. (...) ».
6. Dir. 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.

rdti-21.book Page 99 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

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 »[7].

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 illicites[8]. 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'ensuit 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, § 1er, 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 inefficace[9].

Par ailleurs, l'article 87, § 1er, 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 ordonner des me-

7. Nous soulignons.
8. A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet et les procédures en référé ou comme en référé », obs. sous Liège (1re ch.), 28 novembre 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.
9. Cass., 6 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 146 et note B. MICHAUX. À ce sujet, voy. aussi F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 636.

rdti-21.book Page 100 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

sures 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'alors[10].

Sur le plan des principes, tout ceci ne fait pas difficulté. On devine même que l'article 87, § 1er, 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 déterminé[11].

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»[12].

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, § 1er, 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…[13]. 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»[14].

Mais, enfin, vu 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 con-

10. F. de VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, nos 644, 645 et 655.
11. *Ibid.*, n° 655. À défaut, le juge de la cessation méconnaîtrait l'art. 6 du C. jud.
12. Nous soulignons.
13. Ou, à tout le moins, pour le juge, prendre acte de ce qui a été établi par expérience directe.
14. P. ESMEIN, «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481.

rdti-21.book Page 101 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

trefaçon[15]. En l'espèce, on peut supposer que des actes de 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 cassation[16], «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 enrayé, 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 *systématiques et permanentes*.

L'on voit bien que l'article 87, § 1er, 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. À 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

15. *Cf.* C. jud., art. 587, al. 1er, 7°, et 627, 5°. Voy. égal. A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 158, n° 189.
16. Cass., 6 décembre 2001, précité.

rdti-21.book Page 102 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

cessation[17]. 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 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, que 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 illégales[18].

D'une part, les prestataires visés aux articles 12 à 14 de la directive sur

17. 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 réf. 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).

18. 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.

rdti-21.book Page 103 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

le commerce électronique[19] 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 illicites[20]. D'autre part, les autorités judiciaires conservent le pouvoir de soumettre ces prestataires à une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique[21], 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 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 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 transport[22]. 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 transmise[23]. 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

19. Art. 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»).
20. Art. 15.1. de la directive sur le commerce électronique; art. 21, § 1er, al. 1, de la LSSI.
21. Consid. n° 47 de la directive sur le commerce électronique; art. 21, § 1er, al. 2, de la LSSI.
22. Art. 12 de la directive sur le commerce électronique; art. 18 de la LSSI.
23. *Cf.* consid. n° 43 de la directive sur le commerce électronique.

rdti-21.book Page 104 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

faire perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité dont jouit le fournisseur d'accès. Par conséquent, Tiscali pourrait[24] 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.

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 Capgemini[25] 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 IP[26] ou le filtrage des ports[27], semblent trop peu fiables, d'autres, comme le filtrage par protocole[28], 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 pos-

24. 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. À 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*, Bruxelles, Kluwer, 2004, l. 26*ter*, p. 19, n° 193.
25. Disponible à l'adresse http://www.lesechos.fr/lettrespro/presentation/telecom/flash/rapport_filtrage_capgemini_france.pdf.
26. 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.
27. Afin de pouvoir déterminer à quelle application est destinée une 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.).
28. 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.

rdti-21.book Page 105 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

sible 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 question[29]. Cette 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 musicaux[30], 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/Linux[31] 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. À oublier ce principe fondamental[32], on pourrait en arriver, de proche en proche, à condamner l'internet, puis l'informatique, et enfin – pourquoi pas ? – l'imprimerie…

29. Encore n'est-ce pas suffisant car pour l'application d'une exception, ils ne peuvent être considérés comme impartiaux.
30. On songe p. ex. aux «Id-Tags» inclus dans les fichiers comprimés aux 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.
31. Voy. p. ex. 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.
32. À 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).

rdti-21.book Page 106 Thursday, April 14, 2005 8:33 AM

3. Conclusion

La décision commentée considère, à juste titre, que l'article 87, § 1er, 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 et, 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.