

Zur Diskussion / A discuter

Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet: une autre approche?

PASCAL FEHLBAUM*

Pour combattre les échanges illicites de musique sur Internet, à défaut d'avoir pu empêcher l'existence même des sites «peer-to-peer», l'industrie du disque a commencé à s'en prendre aux utilisateurs de ces sites d'échange. Cette stratégie s'avère cependant difficile et délicate. En Belgique, le Tribunal de première instance de Bruxelles semble avoir trouvé une autre solution. On se demandera s'il est possible d'appliquer cette solution en droit suisse.

Da die Musikindustrie das Bestehen der «Peer-to-peer»-Webseiten nicht verhindern konnte, hat sie angefangen, gegen die Internetnutzer dieser Tauschbörsen zu klagen, um Musiktauschbörsen auf dem Internet zu bekämpfen. Diese Strategie ist aber schwierig und heikel. In Belgien scheint das Gericht erster Instanz von Brüssel eine andere Lösung gefunden zu haben. Es stellt sich die Frage, ob diese Lösung auch nach schweizerischem Recht möglich wäre.

I. Introduction

1. Contexte
 2. Aspects juridiques et révision du droit d'auteur
- #### II. Action contre le fournisseur d'accès Internet
1. Violation d'un droit d'auteur
 2. Légitimation active: personne lésée
 3. Légitimation passive du fournisseur d'accès Internet

III. Conclusions

Résumé / Zusammenfassung

I. Introduction

1. Contexte

Avec l'apparition des logiciels dits «peer-to-peer», l'échange illicite de fichiers musicaux sur Internet a pris une ampleur sans précédent¹. Ces logiciels permettent en effet d'échanger des fichiers musicaux directement entre les utilisateurs à l'aide d'un logiciel, en général gratuit, selon deux systèmes². Selon la méthode centralisée, aujourd'hui dépassée, les morceaux de musique disponibles sont listés dans un index tenu par un serveur central qui ne contient cependant aucun fichier musical. Le serveur fonctionne comme plateforme pour retrouver et télécharger la musique directement depuis le disque dur d'un autre utilisateur³. Dans le cas de la méthode décentralisée, plus récente, les internautes sont directement connectés entre eux. Chacun fonctionne à la fois comme utilisateur et comme serveur, de sorte que l'inconvénient du serveur central, susceptible d'être mis hors service, peut être évité⁴.

L'industrie du disque a bien entendu tenté, avec plus ou moins de succès, d'empêcher la diffusion de ces logiciels qui permettent l'échange de fichiers musicaux⁵. Les logiciels «peer-to-peer» ne servent cependant pas uniquement à des activités illicites, ce qui rend ce combat d'autant plus difficile⁶. Par conséquent, l'industrie du disque concentre désormais ses efforts contre les utilisateurs desdits

¹ P. Gilliéron, Propriété intellectuelle et Internet, Lausanne 2003, 298, 317.

² Gilliéron (n. 1), 304, 305; S. Rohmer / J. Sambuc Bloise, Le mp3 face au droit d'auteur du point de vue des utilisateurs, PJA 2003, 52; A. Glarner, Musikpiraterie im Internet, Berne 2002, 29.

³ Gilliéron (n. 1), 304; Rohmer / Sambuc Bloise (n. 2), 52; Glarner (n. 2), 29.

⁴ Gilliéron (n. 1), 304; Rohmer / Sambuc Bloise (n. 2), 52; Glarner (n. 2), 31.

⁵ Gilliéron (n. 1), 303 et ss.

⁶ Gilliéron (n. 1), 318.

logiciels⁷. Compte tenu de la popularité de ces sites et de l'incompréhension des internautes face aux considérations qui relèvent du droit d'auteur, cette lutte n'est guère plus aisée que la précédente.

Entre-temps, il est vrai que des sites d'échange licites et payants tels que iTunes ont vu le jour et ont même pas mal de succès. L'échange illégal de musique n'a cependant pas pu être éradiqué pour autant. Par ailleurs, du point de vue juridique, la poursuite des utilisateurs de ces sites d'échange ne va pas sans poser des problèmes. Comme nous le verrons ci-dessous, il y a lieu de distinguer selon les situations. En particulier, on se demandera si l'internaute effectue un téléchargement, une mise à disposition, les deux à la fois et s'il peut se prévaloir de l'exception de la copie privée.

2. Aspects juridiques et révision du droit d'auteur

Pour qu'un échange soit possible, la mise à disposition (upload) constitue une première étape indispensable. Dans les systèmes d'échange «peer-to-peer», aussi bien centralisés que décentralisés, les fichiers musicaux ne sont cependant pas mis à disposition sur un serveur central, mais directement depuis le disque dur des utilisateurs. Le téléchargement (download) par les autres utilisateurs intervient dans une seconde étape⁸. Toute fois, selon le logiciel «peer-to-peer» en cause, l'utilisateur qui télécharge un fichier musical effectue simultanément une mise à disposition⁹. En effet, la fonction de mise à disposition peut être désactivée sur certains logiciels, tandis que d'autres ne le permettent pas.

Selon l'art. 10 al. 1 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA), «l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée». En conséquence, la mise à disposition par des tiers de fichiers musicaux sur Internet (upload) constitue une violation du droit d'auteur¹⁰. Celle-ci ne saurait être justifiée par l'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA, l'utilisation dépassant manifestement le cercle de personnes étroitement liées¹¹.

Avec la révision du droit d'auteur, la loi sera adaptée aux nouvelles technologies de l'information et la Suisse pourra ratifier les deux traités Internet de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)¹². A cet égard, on soulignera que l'article 10 al. 2 let. c du projet de loi (P-LDA) précise expressément que la mise à disposition d'une œuvre «[...] directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement» constitue une prérogative exclusive de l'auteur¹³. Bien plus, les art. 33 al. 2 let. a, 36 let. b et 37 let. e P-LDA accordent cette même prérogative respectivement aux artistes interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et aux organismes de diffusion¹⁴. La mise à disposition par des tiers sera donc également susceptible de constituer une violation des droits voisins.

En revanche, contrairement à la mise à disposition sur Internet (upload), la situation juridique du téléchargement (download) est controversée¹⁵. Pour la doctrine majoritaire, l'internaute, qui télécharge un fichier musical pour son usage personnel, peut invoquer l'usage privé au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LDA¹⁶. D'autres auteurs se prononcent néanmoins pour une application restrictive et considèrent que l'exception de la copie privée ne saurait être invoquée¹⁷. Les utilisateurs ne sont d'ailleurs pas toujours conscients du fait qu'avec certains logiciels d'échange la fonction de mise à disposition peut être désactivée pendant le téléchargement, alors qu'avec d'autres cette possibilité n'existe pas. Dans le cas de ces derniers, la seule utilisation de ces logiciels implique nécessairement une mise à disposition illicite.

⁷ A. Seydtaghia, Musique: tous les internautes traqués, Journal Le Temps du 9 juin 2007, 3.

⁸ Rohmer / Sambuc Bloise (n. 2), 52; Glarner (n. 2), 29 ss.

⁹ D. Barrelet / W. Egloff, Le nouveau droit d'auteur, 2e éd., Berne 2000, LDA 10 N 12.

¹⁰ Glarner (n. 2), 97, 98, se base sur l'art. 10 al. 2 let. a LDA; Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 10 N 12, font remarquer que l'uploading constitue une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c; cf. aussi T. Legler, Le rôle des différents acteurs de l'Internet, in: L. Dallèves / R. Bagnoud, Internet 2005, 25.

¹¹ I. Cherpillod, SIWR II/1, Bâle 2006, 267.

¹² FF 2006, 3269.

¹³ FF 2006, 3319.

¹⁴ FF 2006, 3295, 3296, 3320.

¹⁵ Gilliéron (n. 1), 312 ss, 314, 315; Legler (n. 10), 25, 26.

¹⁶ Cherpillod (n. 11), 270, 271; Gilliéron (n. 1), 315; Glarner (n. 2), 84, 85.

¹⁷ Rohmer / Sambuc Bloise (n. 2), 54.

La révision de la loi n'apporte pas de modification sur cette question. En effet, l'art. 19 al. 5 P-LDA règle le téléchargement d'œuvres mises à disposition de manière licite, sur des sites payants tels que iTunes¹⁸. En vertu de cette disposition, les téléchargements licites ne sont soumis ni aux conditions régissant l'usage privé, afin d'englober les personnes morales, ni au droit à rémunération au sens des art. 20 al. 2 et 3 LDA, pour éviter un second paiement¹⁹. L'utilisation de sources illégales, qui empêche l'achat d'exemplaires disponibles sur le marché, reste prohibée selon l'art. 19 al. 3 let. a LDA. Toutefois, dans le cas de l'utilisation par une personne physique pour son usage privé, le législateur a renoncé à faire une distinction, du reste délicate, entre source légale et illégale²⁰. Certes, sous l'empire du droit actuel, une partie de la doctrine considère qu'un accès licite et réel est nécessaire pour effectuer une reproduction sous le couvert de l'usage privé²¹. Toutefois, comme le fait remarquer Cherpillod, une distinction entre source légale et illégale semble difficile à imposer dans le domaine digital²². S'agissant de téléchargements proposés par des sites avec des noms tels que «mp3legal» il n'est pas toujours aisé de se prononcer sur la légalité de la source.

Il est vrai qu'en Allemagne, l'article 53 § 1 du droit d'auteur allemand (UrhG), modifié en 2003, interdit explicitement l'utilisation, comme source, d'une œuvre fabriquée manifestement de manière illicite pour effectuer une copie privée²³. Par ailleurs, une nouvelle révision du droit allemand prévoit de compléter cette disposition²⁴. Il s'agit de clarifier la situation en précisant que la copie privée est non seulement illicite lorsque la source utilisée a «manifestement» été confectionnée de manière illicite, mais également lorsque celle-ci est proposée «manifestement» sans droit sur Internet²⁵. Cette disposition peut cependant poser des difficultés d'interprétation dans la mesure où le caractère «manifestement» illicite de la source n'est pas nécessairement reconnaissable. Par ailleurs, elle conduit à poursuivre un grand nombre de particuliers et à encombrer les tribunaux déjà surchargés.

Dans le cadre de la présente contribution, il ne s'agit cependant pas de se déterminer sur l'opportunité d'introduire une disposition similaire en droit suisse. Dans la lutte contre l'échange illicite de musique, il semblerait qu'il existe une alternative plus efficace que la poursuite des nombreux particuliers qui utilisent les logiciels «peer-to-peer» de manière illégale. En effet, en Belgique, la Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (SABAM) a introduit une action en cessation contre un fournisseur d'accès Internet devant le Tribunal de première instance (TPI) de Bruxelles²⁶. Avec un premier jugement rendu en 2004, le TPI de Bruxelles a désigné un expert, afin de déterminer s'il existe des solutions qui sont techniquement envisageables pour contrôler les logiciels «peer-to-peer»²⁷.

Dans son second jugement, qui date du 29 juin 2007, le TPI de Bruxelles a condamné le fournisseur d'accès Internet «[...] à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004 en rendant impossible toute forme, au moyen d'un logiciel «peer-to-peer», d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la SABAM [...]»²⁸. Ce jugement n'est cependant pas entré en force et le fournisseur d'accès en cause

¹⁸ FF 2006, 3301, 3302.

¹⁹ FF 2006, 3302.

²⁰ FF 2006, 3302.

²¹ Ch. Gasser, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Berne 1997, 60, 61, 62; Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 19 N 7b.

²² Cherpillod (n. 11), 271.

²³ L'art. 53 § 1 UrhG dispose: «Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.»

²⁴ Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, disponible sur: www.bundesregierung.de/Content/DE/Pressemitteilungen/BMJ/2006/01/_Anlagen/refer-urheberrecht952353,property=publicationFile.pdf, 7: «In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort «hergestellt» die Wörter «oder öffentlich zugänglich gemachte» eingefügt».

²⁵ Bundesministerium der Justiz (n. 24), 38.

²⁶ TPI de Bruxelles, 6 novembre 2004, SCRL SABAM / SA Tiscali, disponible sur le site: www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20041126.pdf; cf. aussi A. Strowel / C. Jasserand, *Droit d'auteur et droit de l'Internet – Revue des développements législatifs et jurisprudentiels depuis 2004*, in: L. Dallèves / R. Bagnoud, *Internet 2005*, 240.

²⁷ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 12.

²⁸ TPI de Bruxelles, 29 juin 2007, SCRL SABAM / SA Scarlet, anciennement dénommée SA Tiscali, disponible sur: www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20070629.pdf.

semble avoir décidé de faire appel²⁹. Néanmoins, la question qui se pose est de savoir si une telle action est également possible au regard du droit suisse.

II. Action contre le fournisseur d'accès Internet

Comme son nom l'indique, le fournisseur d'accès Internet (access provider) peut être défini comme un prestataire de service qui met à la disposition de ses abonnés une connexion Internet³⁰. Un même fournisseur de services Internet offre généralement différentes prestations. Sur le plan juridique on distingue néanmoins entre l'activité de fournisseur d'accès à Internet de celle de fournisseur d'hébergement (host provider). Ce dernier met à disposition une capacité limitée d'espace sur son disque dur³¹.

En vertu de l'art. 62 al. 1 let. a et b LDA, la personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit d'auteur ou d'un droit voisin peut demander au juge de l'interdire si elle est imminente ou de la faire cesser si elle dure encore. Pour qu'une telle action soit possible, il est nécessaire de constater une violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Cette action doit ensuite être menée par une personne lésée. Enfin, le fournisseur d'accès Internet doit avoir la légitimation passive. En ce qui concerne les droits voisins, comme relevé ci-dessus, le droit exclusif de mise à disposition figure dans les nouveaux art. 33 al. 2 let. a, 36 let. b et 37 let. e P-LDA. En l'état actuel de la législation, on se limitera néanmoins à l'examen de la violation d'un droit d'auteur.

Au préalable, dans le cadre de la révision de la loi, on peut relever que le nouvel art. 24 a P-LDA prévoit une exception pour les reproductions provisoires et limite la responsabilité des fournisseurs d'accès³². Dès lors que l'échange de musique au moyen de logiciels «peer-to-peer» ne constitue pas une reproduction provisoire au sens de cette disposition, l'introduction de cette dernière ne saurait affecter une éventuelle action en cessation en raison de la violation du droit d'auteur pour ce motif.

1. Violation d'un droit d'auteur

Dans le procès précité contre le fournisseur d'accès belge, la SABAM a allégué des infractions au droit d'auteur découlant de logiciels «peer-to-peer» utilisés pour échanger, sans droit, des œuvres musicales protégées³³. Lors de son premier jugement de 2004, le TPI de Bruxelles a considéré qu'il y a une atteinte au droit d'auteur, au sens de l'article 87 § 1 de la loi sur le droit d'auteur belge, en se basant notamment sur l'argumentation suivante:

«Attendu que l'abondante couverture médiatique (dont de nombreux articles de presse sont versés aux dossiers des parties), le débat de société soulevé en France et ayant donné lieu à la signature d'une Charte le 28 juillet 2004 signée par tous les intervenants (politiques, fournisseurs d'accès à Internet, sociétés de gestion des droits...) démontrent si besoin est, l'ampleur du problème; Qu'il n'existe aucune raison de croire que la SA Tiscali (dont la société sœur est signataire de la Charte en France) serait épargnée par le phénomène en ce sens que les internautes clients de ses services n'utiliseraient pas les logiciels peer-to-peer pour échanger des œuvres musicales de manière illicite;

Que selon une étude OCDE produite par la SABAM plus de 600 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 3 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 à Internet à large bande au moyen de publicité diffusée sur ledit logiciel;»³⁴.

²⁹ E. Dumout, Vers un filtrage généralisé du peer-to-peer en Belgique?, www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39371392,00.htm?xtor=RSS-1.

³⁰ Gilliéron (n. 1), 213; P.-A. Killias, La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet, in: L. Dallèves / R. Bagnoud, Internet 2005, 33; M. Lavanchy, La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse, Neuchâtel 2002, disponible sur: www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/91-1.pdf, 39; Legler (n. 10), 9.

³¹ Gilliéron (n. 1), 212, 213; Killias (n. 30), 34; Lavanchy (n. 30), 39, 61; Legler (n. 10), 9, 12.

³² FF 2006, 3303, 3316.

³³ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 2.

³⁴ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 8, 9.

L'existence d'échanges illicites de musique sur Internet est sans doute de notoriété publique. On pourrait toutefois reprocher à l'argumentation du TPI de Bruxelles d'instaurer un renversement du fardeau de la preuve en obligeant le défendeur à prouver l'absence de violation du droit d'auteur au moyen de l'accès qu'il fournit. On pourrait également soutenir que l'admission d'une telle argumentation ouvre la voie à des plaintes pour d'autres infractions dont l'existence est connue d'une manière tout à fait générale. D'un autre côté, compte tenu de l'ampleur du phénomène, ne pas admettre l'existence de ces faits relèverait d'un certain formalisme qui peut sembler excessif. S'agissant de l'échange illicite de musique au moyen des systèmes «peer-to-peer», il est possible d'en apporter la preuve, comme le démontrent les différents procès qui ont déjà eu lieu³⁵. L'argumentation du TPI de Bruxelles pourrait dès lors être reprise dans le cadre d'une action contre un fournisseur d'accès en Suisse.

Contrairement à l'article 87 § 1 de la loi sur le droit d'auteur belge, l'art. 62 al. 1 LDA précise que la violation doit encore durer pour une action en cessation (let. c) et être imminente pour une action en interdiction (let. d). En ce qui concerne l'action en interdiction, il s'agit d'une mise en danger qui doit être sérieuse et réelle, mais non pas hypothétique³⁶. Dans le cas d'échanges illégaux de musique sur Internet, il ne s'agit pas d'une simple hypothèse. Le phénomène est bien réel et cause beaucoup de tort à l'industrie du disque dont les ventes semblent poursuivre leur baisse. Il est donc possible de soutenir que la violation du droit d'auteur dure encore ou qu'en tous les cas une mise en danger imminente, sérieuse et réelle existe.

Qu'il s'agisse d'une action en interdiction ou d'une action en cessation, le demandeur doit clairement indiquer ce qu'il souhaite obtenir³⁷. Le fournisseur d'accès Internet pourrait ainsi invoquer le fait qu'il n'est pas possible de prendre des mesures en raison d'obstacles techniques ou juridiques. Jusqu'à présent, compte tenu du nombre d'informations qui transitent sur Internet, la doctrine a toujours considéré, avec raison, que le fournisseur d'accès Internet ne saurait les contrôler³⁸.

Sur le plan technique, dans le cadre du procès en Belgique, l'expert judiciaire a dégagé 11 solutions, dont 7 applicables au réseau en cause, mais dont seule la solution «Audible Magic» (CopySense Network Appliance) tente «[...] de répondre à la problématique de manière spécifique»³⁹. Pour cette dernière solution, contrairement à l'expert, le TPI de Bruxelles, se basant sur différentes études, l'utilisation de ladite solution notamment par le site «My Space» et l'absence de pertinence du cryptage en l'état actuel de la technique, a considéré qu'il existe des solutions techniques avec un coût moyen qui n'est pas excessif et qui sont capables d'empêcher les atteintes au droit d'auteur constatées⁴⁰.

La question de savoir si la solution technique proposée permet effectivement d'atteindre le but recherché à un prix raisonnable est essentielle. En effet, avant d'être juridique, le débat sur les mesures que peut ou doit prendre un fournisseur d'accès Internet est surtout technique. Si le logiciel en question permet effectivement d'atteindre l'objectif de blocage et de filtrage voulu, l'objection technique ne peut être que rejetée. La question du coût raisonnable est un peu plus délicate, d'autant plus qu'il n'existe qu'un seul logiciel capable de résoudre le problème. Une augmentation du prix de la connexion n'est d'ailleurs ni dans l'intérêt du fournisseur d'accès, ni dans celui de l'utilisateur. Le TPI de Bruxelles s'est basé sur un calcul de l'expert, selon lequel, avec une durée d'amortissement de trois ans et environ 150 000 utilisateurs, l'augmentation mensuelle serait de 0,5 Euros par utilisateur⁴¹. On ne saurait transposer sans autre ces chiffres, mais il est possible qu'en Suisse un juge, compte tenu de sa marge d'appréciation, tranche dans le même sens.

En 2002, Lavanchy estimait que les mesures de blocage ne peuvent généralement pas être exigées de manière raisonnable, tout en précisant qu'elles doivent pouvoir être imposées si elles deviennent efficaces et peu coûteuses⁴². Nous ne sommes bien entendu pas en mesure d'évaluer les capacités

³⁵ Cf. notamment Gilliéron (n. 1), 297 ss; M.-A. Gallot le Lorier, Musique et films: téléchargement, disponible sur: www.adj.asso.fr/medias/telechargement_290806.pdf, 4 ss; Strowel / Jasserand (n. 26), 235 ss.

³⁶ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 4.

³⁷ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 7, 8.

³⁸ Lavanchy (n. 30), 43 ss; Legler (n. 10), 10; M.-A. Niggli / F. Riklin / G. Stratenwerth, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern – Ein Gutachten, medialex 2000, disponible sur: www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminali.taet.Par.0010.File.tmp/gutachten_isp.pdf, 21.

³⁹ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 4, 5.

⁴⁰ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 6, 7.

⁴¹ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 7.

⁴² Lavanchy (n. 30), 43, 47.

techniques du logiciel proposé en Belgique. L'absence d'alternative au logiciel imposé par le TPI de Bruxelles est du reste également critiquable. Si néanmoins, comme semble le penser le TPI de Bruxelles, ce logiciel répond effectivement aux attentes techniques sans engendrer un coût excessif, ces arguments pourraient être repris par un tribunal suisse dans le cadre de l'application de l'article 62 al. 1 LDA. Quand bien même un seul logiciel semble pour l'instant répondre aux exigences, le juge doit cependant permettre l'utilisation d'une technologie équivalente susceptible d'apparaître. Dans le dispositif de son jugement, le TPI de Bruxelles a du reste pris soin d'imposer une mesure très générale, même s'il ressort des considérants que seule la solution «Audible Magic» semble satisfaisante en l'état actuel de la technique.

Du point de vue juridique, en ce qui concerne l'interdiction d'une obligation générale de surveillance imposée par l'art. 15 de la Directive 2000/31/CE⁴³, le TPI de Bruxelles a considéré que cette disposition s'adresse exclusivement au juge de la responsabilité. Il en a déduit qu'elle est sans incidence dans le litige en cause, l'action en cessation ne supposant aucune faute⁴⁴. La Directive 2000/31/CE ne s'applique bien entendu pas en droit suisse. Les directives européennes constituent cependant une source d'inspiration constante dont il convient de tenir compte. La faute est une condition de la responsabilité délictuelle au sens de l'art. 41 du Code des obligations (CO). A l'instar de l'art. 87 § 1 de la loi sur le droit d'auteur belge, l'action au sens de l'art. 62 al. 1 LDA n'implique toutefois aucune faute⁴⁵. Le TPI de Bruxelles fait par ailleurs remarquer que les solutions préconisées se limitent à bloquer ou à filtrer certaines informations transmises sur le réseau du fournisseur d'accès et n'imposent pas une obligation de surveillance. Ce raisonnement pourrait également être invoqué devant un juge suisse.

S'agissant de la perte de l'exonération de responsabilité imposée par l'art. 12 de la Directive 2000/31/CE, le TPI de Bruxelles relève que le considérant 45 de ladite Directive précise que les actions en cessation sont réservées et que la responsabilité du fournisseur d'accès n'est engagée qu'en cas de faute qui, comme déjà souligné, relève du seul juge de la responsabilité⁴⁶. Là encore, indépendamment de la Directive, inapplicable en tant que telle en droit suisse, l'éventuelle responsabilité au sens de l'art. 41 CO nécessite certes une faute, mais l'absence de celle-ci ne saurait empêcher une action au sens de l'art. 62 al. 1 LDA.

Enfin, sur la question des droits fondamentaux, en particulier la vie privée, le droit au secret de la correspondance et le droit à la liberté d'expression, le TPI de Bruxelles a considéré «[...] que les logiciels de filtrage et de blocage ne traitent en tant que tels aucune donnée à caractère personnel; qu'à l'instar des logiciels anti-virus ou anti-spam, ils sont de simples instruments techniques qui comme tels ne réalisent pas d'activités impliquant l'identification d'internautes»⁴⁷. En outre, le TPI de Bruxelles relève que la loi sur la protection des données belge permet le traitement de données à caractère personnel nécessaire à l'exécution d'un contrat et que les conditions générales du fournisseur d'accès en cause interdisent notamment la violation des droits d'auteur sous peine de sanctions⁴⁸. Il en déduit que les mesures de blocage ou de filtrage ne constituent ni une violation de la protection des données, ni d'ailleurs du secret de correspondance ou encore de la liberté d'expression⁴⁹.

En droit suisse, l'art. 13 al. 1 et 2 let. a de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) prévoit également, comme justifiant une atteinte à la personnalité, un intérêt prépondérant de la personne, notamment lorsque «[...] le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant». Un raisonnement analogue à celui du TPI de Bruxelles est également possible sur ce point.

Par conséquent, il est possible de soutenir qu'il y a une atteinte au droit, en cours ou imminente, en raison des nombreux fichiers musicaux qui sont échangés sans droit au moyen des logiciels «peer-to-peer». Dans la mesure où la nouvelle technologie de blocage ou de filtrage mise en avant par le TPI de Bruxelles, voire une technologie future équivalente, permettent effectivement d'y remédier sans

⁴³ La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

⁴⁴ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 8.

⁴⁵ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 4; FF 1989 III 550.

⁴⁶ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 9, 10.

⁴⁷ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 10.

⁴⁸ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 10.

⁴⁹ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 10.

engendrer un coût excessif, la cessation ou l'interdiction de l'atteinte précitée peuvent être demandées tant sur le plan technique que juridique. Il reste néanmoins à vérifier qui a la légitimation active et passive pour une telle action.

2. Légitimation active: personne lésée

La légitimation active appartient au titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin⁵⁰. A noter que les sociétés de gestion peuvent faire valoir des droits de tiers en leur propre nom⁵¹. Dans le cas d'une violation du droit d'auteur, par l'échange sans droit d'œuvres musicales, tous les auteurs ou la SUISA, s'ils lui ont confié leurs droits, doivent agir. Après l'entrée en vigueur du nouveau droit, si un droit voisin est invoqué, les différents ayants droits en cause pourront se baser sur les nouvelles dispositions pertinentes (art. 33 al. 2 let. a, 36 let. b et 37 let. e P-LDA).

3. Légitimation passive du fournisseur d'accès Internet

Selon Barrelet et Egloff, la légitimation passive au sens de l'art. 62 al. 1 LDA appartient à la personne physique ou morale qui participe à la violation⁵². On doit dès lors se demander si le fournisseur d'accès Internet peut être considéré comme ayant participé à la violation du droit d'auteur, telle qu'analysée précédemment.

Dans le cadre du procès en Belgique, le TPI de Bruxelles a constaté que l'art. 87 § 1 de la loi sur le droit d'auteur belge ne donne pas de précision quant à l'auteur de l'atteinte⁵³. Le TPI de Bruxelles a néanmoins considéré que la finalité de l'article 8.3 de la Directive 2001/29/CE⁵⁴, en lien avec le considérant 59 de ladite Directive, est 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»⁵⁵. Le TPI de Bruxelles en a déduit que non seulement les tiers qui hébergent des sites web (hosting providers), mais également les fournisseurs d'accès peuvent être des intermédiaires qui ont la qualité pour défendre au sens de l'article 87 § 1 de la loi sur le droit d'auteur belge⁵⁶.

Il est vrai que la Directive 2001/29/CE n'est pas applicable en tant que telle en droit suisse. Elle peut néanmoins avoir une certaine influence. Dans sa prise de position sur la Motion relative à la «Cybercriminalité», le Conseil fédéral a du reste considéré qu'une harmonisation internationale inspirée de ladite directive constitue un chemin possible⁵⁷. Dans la mesure où pour le moment aucune modification législative sur la «Cybercriminalité» ne semble sur le point d'aboutir, la jurisprudence actuelle en la matière garde toute sa pertinence. Le Tribunal fédéral a en effet déjà été saisi de cas similaires.

Sur le plan pénal, dans une affaire portant sur la ligne 156 (téléphone rose), le Tribunal fédéral a condamné le directeur de l'ancienne régie fédérale de la poste, téléphone et télécommunication (PTT) pour avoir mis en place l'infrastructure précitée du 156 et, surtout, pour l'avoir maintenue, après avoir été informé de l'existence d'infractions par le Procureur général du canton de Vaud⁵⁸. D'après un rapport de l'Office fédéral de la justice, cette jurisprudence serait applicable aux fournisseurs d'accès Internet⁵⁹. Lavanchy ne partage cependant pas cet avis au motif que, contrairement au fournisseur de

⁵⁰ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 2.

⁵¹ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 2a.

⁵² Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 5.

⁵³ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 5.

⁵⁴ La Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁵⁵ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 7.

⁵⁶ TPI de Bruxelles, SABAM I (n. 26), 7.

⁵⁷ Motion Thomas Pfisterer (00.3714), Cybercriminalité. Modification des dispositions légales, www.ejpd.admin.ch/bj/fr/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerk_kriminalitaet.html.

⁵⁸ ATF 121 IV 120, 121, 122; cf. aussi S. Gehrnaouti-Hélie / I. Taschi, Responsabilité juridique des fournisseurs de services internet, Actualités droit et Internet, disponible sur: www.ib-com.ch/pages/archives/06.09/06_09_actu_droit.htm.

⁵⁹ Office fédéral de la justice, rapport de mai 1996 d'un groupe interdépartemental sur des questions relevant du droit pénal, du droit de la protection des données et du droit d'auteur suscitées par internet, Internet – le nouveau média interroge le droit,

télékiosque, le fournisseur d'accès internet n'est pas en mesure de contrôler l'information abondante qui circule sur ses installations⁶⁰. Cette dernière difficulté semble néanmoins résolue par la nouvelle solution technique à laquelle se réfère le TPI de Bruxelles⁶¹.

On relèvera par ailleurs que selon l'Office fédéral de la police: «Si un fournisseur d'accès ou Access-Provider (celui qui fournit à l'utilisateur l'accès à Internet) est en possession d'informations concrètes provenant d'une autorité répressive relativement à des contenus probablement illicites sur le réseau, il s'impose, du point de vue pénal, d'en bloquer l'accès. En revanche, il n'est pas concevable ni rationnel de rechercher activement et individuellement des contenus répréhensibles sur Internet en raison du changement et de l'augmentation que subissent quotidiennement les données»⁶². La solution proposée par le TPI de Bruxelles ne consiste pas à rechercher des contenus illicites, mais à bloquer ou filtrer de manière automatique l'échange illicite de musique. Il ne s'agit pas non plus de rendre responsable le fournisseur d'accès, ni pénalement, ni civilement. L'arrêt du Tribunal fédéral à propos de la ligne 156 nous enseigne cependant que, lorsque des agissements illicites sont connus par l'exploitant d'une infrastructure, il peut être contraint de les bloquer.

Sur le plan civil, le Tribunal fédéral a aussi déjà eu l'occasion de se prononcer sur un cas similaire sous l'empire de l'ancienne loi sur le droit d'auteur⁶³. Dans cette affaire, la télévision autrichienne a intenté, contre la société Rediffusion AG (Rediffusion) et les PTT, une action tendant à l'abstention de la rediffusion, sans son consentement, de deux de ses émissions par les installations des PTT⁶⁴. Tant la société Rediffusion que les PTT ont contesté leur légitimation passive⁶⁵. La société Rediffusion a invoqué le fait qu'elle se contente d'aider ses clients à recevoir les émissions concernées⁶⁶. S'agissant des PTT, la télévision autrichienne a dans le cadre de la procédure réduit son action à la participation, avec Rediffusion, à la violation de son droit d'auteur⁶⁷.

Le Tribunal fédéral a admis la légitimation passive des deux défendeurs et considéré que les PTT sont responsables solidairement au sens de l'art. 50 al. 1 CO pour l'agissement illicite, même s'ils n'ont fait que participer à la violation du droit d'auteur commis par la société Rediffusion⁶⁸. Notre Haute cour fait remarquer que la réserve, selon laquelle la concessionnaire doit elle-même régler d'éventuels droits d'auteur, n'a pas pour effet de libérer les PTT⁶⁹. En revanche, les PTT ne sont pas garants des droits d'auteur du seul fait d'être les titulaires de la régie fédérale⁷⁰. De même, la question de savoir si le réseau des PTT est relevant du point de vue du droit d'auteur, en tant que tel, a été laissée ouverte⁷¹. Le Tribunal fédéral a retenu la plainte contre les PTT dans la mesure où ils ont agi avec Rediffusion⁷². Ayant considéré la nécessité d'une installation spéciale comme étant déterminante, le Tribunal fédéral a jugé que la société Rediffusion bénéficie d'une telle installation, mais que ce fait n'est pas établi pour d'autres entreprises⁷³. Les PTT ont donc été condamnés à ne pas transmettre les deux émissions en cause à la société Rediffusion, pour la rediffusion à ses clients, sans l'autorisation de la télévision autrichienne⁷⁴.

Pour l'Office fédéral de la justice, au regard du raisonnement du Tribunal fédéral dans cet arrêt, il n'est pas exclu que des atteintes au droit d'auteur sur Internet puissent être imputées indirectement au fournisseur d'accès⁷⁵. La question qui nous intéresse n'est toutefois pas de savoir si le fournisseur d'accès peut être rendu responsable pour une violation du droit d'auteur sur Internet. Notre examen

disponible sur: www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0012.File.tmp/rf-internet-f.pdf, 9.

⁶⁰ Lavanchy (n. 30), 40, 41, 44.

⁶¹ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 6, 7.

⁶² Office fédéral de la police, communiqué du 5 mai 2000, Bloquer l'accès aux messages à contenu illicite, disponible sur: www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2000/ref_2000-05-150.html; Gehrmouti-Hélie / Taschi (n. 58).

⁶³ ATF 107 II 82.

⁶⁴ ATF 107 II 84.

⁶⁵ ATF 107 II 85.

⁶⁶ ATF 107 II 86.

⁶⁷ ATF 107 II 86.

⁶⁸ ATF 107 II 92, 93.

⁶⁹ ATF 107 II 93.

⁷⁰ ATF 107 II 93.

⁷¹ ATF 107 II 94.

⁷² ATF 107 II 93.

⁷³ ATF 107 II 94.

⁷⁴ ATF 107 II 96.

⁷⁵ ATF 107 II 86, 92, 93; Office fédéral de la justice (n. 59), 25.

se limite en effet à sa légitimation passive au sens de l'art. 62 al. 1 LDA. Le Tribunal fédéral souligne avec pertinence que lorsque la légitimation passive est admise, cela signifie uniquement que la demande peut être dirigée contre le défendeur, mais non pas que les autres conditions matérielles sont remplies⁷⁶.

Or, comme nous l'avons déjà relevé, aucune faute n'est requise pour une action au sens de l'art. 62 al. 1 LDA⁷⁷. Le TPI de Bruxelles a souligné avec raison que la faute relève du seul juge de la responsabilité⁷⁸. Pour admettre la légitimation passive du fournisseur d'accès Internet au sens de l'art. 62 al. 1 LDA, il suffit de constater qu'il a participé à la violation du droit d'auteur. A cet égard, on peut retenir de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Rediffusion que, même si l'exploitant d'une installation n'est pas le garant d'éventuelles violations du droit d'auteur, selon les circonstances, il n'est pas exclu que sa participation à ces dernières soit admise.

Quand bien même la Directive 2001/29/CE n'est pas directement applicable en droit suisse, elle peut avoir une certaine influence. Ainsi, on retiendra que selon le considérant 59 de ladite Directive le fournisseur d'accès est le mieux à même de mettre un terme aux atteintes au droit d'auteur. Dès lors que l'existence de ces dernières lui est connue et qu'il est techniquement en mesure de les bloquer ou de les filtrer, sa qualité de participant pourrait être admise. Par conséquent, il est possible de soutenir que le fournisseur d'accès Internet a la légitimation passive dans une action en cessation ou en interdiction d'une atteinte au droit d'auteur engendrée par l'échange illégal de fichiers musicaux au moyen de logiciels «peer-to-peer».

III. Conclusions

L'échange de musique sans droit sur Internet constitue une atteinte au droit d'auteur, en cours ou imminente, pour laquelle le titulaire du droit a la légitimation active pour intenter une action en cessation ou en interdiction au sens de l'art. 62 al. 1 LDA. D'après le TPI de Bruxelles, il existe désormais une solution technique efficace qui permet le filtrage ou le blocage à un coût raisonnablement exigible. Si ladite solution répond effectivement à ces attentes, le fournisseur d'accès Internet est le mieux placé pour mettre un terme à ces violations en adoptant ladite solution ou une éventuelle technologie équivalente. En conséquence, quand bien même aucune faute au sens de la responsabilité civile ne peut lui être reprochée, on peut soutenir que le fournisseur d'accès Internet a la légitimation passive en tant que participant à la violation du droit d'auteur. Cette solution paraît plus efficace pour lutter contre l'échange illégal de musique et permettrait d'éviter d'agir individuellement contre les nombreux particuliers qui utilisent les logiciels «peer-to-peer» de manière illicite.

Résumé

L'échange illégal de musique sur Internet n'a pas pu être éliminé par les différentes actions intentées contre les sites d'échanges de fichiers dits «peer-to-peer». En effet, ces derniers ne servent pas uniquement à des agissements illégaux. L'industrie du disque a dès lors concentré ses efforts contre les nombreux particuliers qui échangent des fichiers musicaux à l'aide de ces bourses d'échange. Cette stratégie n'est cependant pas très satisfaisante. Une alternative semble possible en abordant le problème sous un autre angle: l'action dirigée contre le fournisseur d'accès Internet. En Belgique, le TPI de Bruxelles a admis, dans un premier jugement, qu'un fournisseur d'accès Internet a la qualité pour défendre dans une telle action et ordonné une expertise. Lors d'un deuxième jugement, qui n'est pas définitif, le TPI de Bruxelles a constaté qu'il existe une solution technique efficace de filtrage ou de blocage à un coût raisonnablement exigible. Sur cette base, le TPI de Bruxelles a condamné ledit fournisseur d'accès à mettre en place cette technologie. En droit suisse, il est possible de soutenir que le fournisseur d'accès a la légitimation passive dans une action en exécution d'une prestation au sens de l'art. 62 al. 1 LDA. Si la technologie précitée répond effectivement aux attentes, il pourrait ainsi être

⁷⁶ ATF 107 II 85.

⁷⁷ Barrelet / Egloff (n. 9), LDA 62 N 4; FF 1989 III 550.

⁷⁸ TPI de Bruxelles, SABAM II (n. 28), 8.

contraint à bloquer ou filtrer les échanges illégaux de musique au moyen de ladite technologie ou d'une éventuelle technologie équivalente.

Zusammenfassung

Der illegale Musikaustausch auf dem Internet konnte durch die verschiedenen Vorgehensweisen gegen die sogenannten «Peer-to-peer»-Tauschbörsen nicht gestoppt werden. Tatsächlich werden diese ja nicht ausschliesslich für illegales Verhalten verwendet. Die Musikindustrie hat deswegen das Schwergewicht ihrer Aktionen auf die zahlreichen Nutzer dieser Tauschbörsen verlagert. Diese Strategie ist aber nicht sehr befriedigend. Eine Alternative scheint indessen möglich, wenn man das Problem anders angeht und die Internet-Access-Provider in die Pflicht nimmt. In Belgien hat das Gericht erster Instanz von Brüssel in einem ersten Entscheid die Passivlegitimation eines Internet-Access-Providers bejaht und eine Expertise verlangt. In einem zweiten, noch nicht rechtskräftigen Entscheid stellte das Gericht fest, dass es eine technisch wirksame Lösung für das Blockieren oder Herausfiltern zu einem vernünftigen Preis gibt. Auf dieser Basis hat das Gericht von Brüssel den Internet-Access-Provider verurteilt, eine entsprechende Technologie einzubauen. Nach schweizerischem Recht kann man annehmen, dass ein Internet-Access-Provider bei einer Leistungsklage im Sinne von Art. 62 Abs. 1 URG passivlegitimiert ist. Sollte die erwähnte Technologie die Erwartungen tatsächlich erfüllen, so könnte er gezwungen werden, mit dieser oder einer allfällig vergleichbaren Technologie den illegalen Musikaustausch zu blockieren oder herauszufiltern.

* Dr en droit, avocat, D.E.A., Conseiller juridique au Service juridique du droit d'auteur, Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). Les Conceptions présentées dans l'article n'engagent que l'auteur et ne lient ni l'IPI, ni le Département Fédéral de Justice et Police.