

Bloquer le filtrage !

Une approche critique des affaires SABAM

Cédric Manara,
Professeur, EDHEC Business School
(LegalEDHEC Research Center)

Résumé : La Cour de Justice de l'Union Européenne aura bientôt à se prononcer dans deux affaires « SABAM », dans lesquelles est demandée l'instauration du filtrage et du blocage des communications électroniques. Si la Cour autorisait de telles mesures, sa décision aurait une portée considérable pour la régulation d'internet : par leur fonctionnement, le filtrage et le blocage préconisés emporteraient de nombreux effets négatifs sur les plans juridique, économique et social.

« *Pour faire dérailler un train, t'as une solution ?* » En envoyant ces 42 caractères par SMS à l'un de ses amis, S. ne s'attendait pas à être arrêté par les services de la police judiciaire française ! Pendant les 24 heures de sa garde à vue, il pensa que ces mots tapés sur le clavier de son téléphone mobile avaient été détectés par un système automatique de surveillance mis en place par l'opérateur de sa messagerie texte. Il apprendra finalement qu'une telle mesure de contrôle n'existe pas, même pour lutter contre le terrorisme.¹ Dans l'intervalle, son esprit a gamborgé...

« *Pour faire dérailler un train, t'as une solution ?* » : si son message a été signalé aux services d'investigation et de répression par un outil de détection ayant pour objet de signaler des éléments d'information jugés sensibles, comment se fait-il qu'un tel mécanisme ait été installé ? L'a-t-il été régulièrement, et avec quelles mesures de protection contre les abus ? Celui qui l'a mis en place avait-il qualité pour le faire ? A le supposer justifié pour éviter un attentat, un même système peut-il être étendu à la prévention d'atteintes à des droits privés, comme le droit d'auteur ?

« *Pour faire dérailler un train, t'as une solution ?* » : le policier n'est pas moins perplexe... Quel est le ton de ce message, et quel est son mobile ? S'agit-il d'une boutade ironique lancée à un ami depuis le quai d'une gare par un usager excédé par un énième retard ? Le destinataire partageait-il avec l'auteur de cette invitation une âme de grand enfant aimant jouer au petit train ? Ou s'agissait-il d'un message à visée terroriste, première étape d'un complot destiné à nuire à des personnes et à des biens ? Il ne s'agit que de 50 signes et pourtant ils nécessitent une enquête pour évaluer les conséquences possibles de la circulation de l'information qu'ils constituent, et d'identifier une éventuelle violation de la loi.

« L'information est le plus vicieux des caméléons conceptuels », écrivit Von Foerster.² Si chaque SMS faisait l'objet d'un traitement technique de surveillance, la même analyse approfondie, uniquement réalisable par un esprit humain, devrait être faite pour chacun d'entre eux. Les seuls Américains envoient

¹ Qu'un « mouchard » ait été placé par l'opérateur de télécommunications fut la première explication qui a circulé quand cette information a été révélée : J.-M. Leclerc, Les SMS aussi intéressent de plus en plus la police, Le Figaro, 28 juil. 2009, p. 7. L'opérateur a néanmoins indiqué que tel n'était pas le cas : H. Decommer, SMS « faire dérailler un train » : Bouygues ouvre une enquête, Rue89, 4 mai 2009. Une autre explication a été donnée ensuite, celle de la consultation du mobile par un tiers : S. Mouillard, Accusé de réception d'un SMS suspect, Libération, 6 mai 2009, p. 8. L'hypothèse d'un traitement est ici retenue à des fins d'illustration.

² Cité par E. Morin, La méthode. Tome I : la nature de la nature, Seuil, 1977, p. 290.

4,1 milliards de SMS par jour.³ Un SMS compte 140 octets (ou bytes). Depuis la mi-2009, il s'échange tous les jours sur les réseaux 500 exabytes d'informations, soit 10¹⁸ bytes.⁴

« *Pour faire dérailler un train, t'as une solution ?* » : celui qui avait innocemment écrit ces neuf mots n'a en définitive pas fait l'objet de poursuites judiciaires... mais son message a mis en branle l'appareil répressif et mobilisé des moyens disproportionnés si on les rapporte au nombre d'octets qu'il comportait.

« *Pour faire dérailler un train, t'as une solution ?* » : cet exemple tenant en 42 lettres n'est pas isolé. Il peut théoriquement être répliqué autant de fois qu'il existe d'informations mises en circulation sur un réseau. Chacune des questions qu'il induit – nature et finalité de l'information, reconnaissance d'une infraction et laquelle, conformité du système de filtrage et proportionnalité, légitimité et aptitude de son ordonnateur –, et qui sont toutes, en droit notamment, des questions complexes, et lourdes de conséquences, devraient être posées à chaque fois qu'il est envisagé de retenir dans un filet un élément d'information destiné à circuler.

Le filtrage, mesure exceptionnelle dont est demandée la généralisation. Cet exemple ne tient qu'en neuf mots mais suffit à lui seul à montrer les limites intrinsèques au filtrage et ses dangers. Il est pourtant proposé de faire du filtrage une politique de régulation des réseaux. A l'initiative d'une société de gestion collective – et non de pouvoirs publics –, deux intermédiaires techniques devraient mettre en œuvre des mesures systématiques de filtrage préalable à la diffusion d'informations sur leurs réseaux, afin de tenter d'empêcher des formes ordinaires d'atteintes privées – et non pour lutter contre l'une des formes de crimes la plus fortement réprimée – le terrorisme –, en filtrant ou bloquant tous les fichiers qui contiendraient des œuvres violant ou susceptibles de violer certains droits de ses sociétaires. Cette question est en effet au cœur des contentieux *Scarlet Extended c/ SABAM* et *SABAM c/ Netlog*, actuellement pendantes devant la Cour de Justice de l'Union Européenne.⁵

Parce que ces affaires sont relatives à des téléchargements de fichiers contenant des œuvres,⁶ on pourrait penser qu'elles sont banales : le phénomène de la copie de fichiers *via* internet a suivi le développement des réseaux électroniques et la popularisation de leurs usages. Diverses réponses législatives,⁷ jurisprudentielles,⁸ sociales,⁹ économiques¹⁰ ou techniques¹¹ ont été proposées afin de

³ Journal du Net, Monde : le marché SMS-MMS, 5 juil. 2010 (www.journaldunet.com/cc/05_mobile/sms_marche_md.shtml).

⁴ Selon le Digital Britain Final Report 2009, p. 3, 494 exabytes d'informations furent échangés le 15 juin 2009 (www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf).

⁵ V. évoquant le glissement progressif vers ce type de préconisation : M. Schellekens, *Liability of Internet Intermediaries: A Slippery Slope?*, Script-Ed, Vol. 8, Issue 2, Août 2011 (www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol8-2/schellekens.pdf).

⁶ Non tombées dans le domaine public.

⁷ Des lois instaurant une « réponse graduée » ont été adoptées ou sont en cours de discussion dans divers pays : loi Création et Internet n° 2009-669 du 12 juin en France ; *Jeojakgweonbeop* en Corée du Sud (www.copyright.or.kr/english/laws/chapter10.jsp) ; *Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill* 2010 119-2 en Nouvelle-Zélande (www.legislation.govt.nz/bill/government/2010/0119/latest/DLM2764312.html), Digital Economy Act 2010 en Grande-Bretagne (legislation.data.gov.uk/ukpga/2010/24/notes/division/5/2/data.pdf). V. sur cette tendance législative : J. de Beer & C. Clemmer, *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?*, 2009, *Jurimetrics*, Vol. 49, p. 375.

⁸ Aux Etats-Unis, 17.587 actions avaient été engagées par la Recording Industry Association of America (EFF, *Phase Two: Mass John Doe Lawsuits*, sept. 2008, www.eff.org/wp/riaa-v-people-years-later#3); A. Bridy, *Is Online Copyright Enforcement Scalable?*, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 2011, Vol. 13, n° 4, pp. 695-737. Pour un recensement des affaires en France en 2006: C. Ferrero, *P2P: l'homo œconomicus contre-attaque*, *Juriscom.net*, 15 nov. 2011.

⁹ Dans divers pays les programmes scolaires prévoient désormais une sensibilisation au droit d'auteur.

l'endiguer. C'est pourtant une solution radicale, et rompant avec la tradition de régulation de phénomènes de société, qui est souhaitée par la SABAM : la mise en place d'un système de *filtrage* et de *blocage* des communications électroniques. La société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs soutient qu'un tel mécanisme *a priori* est nécessaire afin d'endiguer des pratiques contraires aux intérêts de ses membres – postulant au passage qu'il serait techniquement faisable de procéder ainsi. Afin d'empêcher la circulation des quelques messages enfreignant leurs droits, elle estime qu'il convient de s'en prendre à tous les messages plutôt qu'aux seuls messagers délinquants.

Brève histoire des affaires SABAM. Après qu'une juridiction belge eut condamné sous astreinte le fournisseur d'accès Scarlet à faire cesser des atteintes, constatées, au droit d'auteur, ce en rendant impossible tout envoi ou réception par ses clients, au moyen d'un logiciel *peer-to-peer*, de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la Sabam,¹² la Cour d'appel de Bruxelles fut saisie, laquelle légitimement demanda à la CJUE son éclairage sur la possibilité qu'a un juge national « *de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, in abstracto et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques* » transitant par ses services.¹³

Parallèlement, la SABAM a assigné la société Netlog, laquelle exploite un réseau social dans lequel les membres disposent d'un espace de stockage qui leur est propre, et leur permet de partager avec d'autres membres des contenus qu'ils y ont déposés.¹⁴ La SABAM a là aussi demandé que ce fournisseur de services mette en place, de façon abstraite et préventive, à ses frais et sans restriction de durée, un filtre qui permettrait d'identifier les fichiers contenant des œuvres sur lesquels la société d'auteurs revendique des droits, et de permettre de bloquer l'échange de ces fichiers.¹⁵

Importance des affaires SABAM pour le droit de l'internet. L'orientation qui sera donnée par la CJUE sera cruciale pour le modelage de l'internet des années à venir, et la circulation de l'information sur les réseaux. Si la même question était posée à propos de circulation dans l'espace physique, cela reviendrait à choisir entre apposer des feux tricolores et sanctionner leur éventuel franchissement au rouge, ou saturer l'espace de barrières, de sas, de points de contrôle et de fouille.

¹⁰ Ce qui fut appelé par la suite « licence globale » a été théorisé par W. Fisher, *Digital Music : Problems and possibilities*, 10 oct. 2000, www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html.

¹¹ Tant pour le freiner (ainsi des outils de filtrage et de blocage qui sont l'objet de cet article, qui montrera leurs défauts et les risques qu'ils induisent, outre que leur efficacité n'est pas prouvée) que pour l'encourager : système de routage anonyme Tor, Virtual Private Networks, etc.

¹² Civ. Bruxelles, 29 juin 2007, RDTI 2009, n° 30, pp. 87-103, note F. Coppens : Filtrage P2P : possibilités techniques et obstacles juridiques ; T. Verbiest & M. de Bellefroid, Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet : retour sur l'affaire Sabam c/ Tiscali, *Légipresse* nov. 2007, n° 46, pp. 156-160.

¹³ Cour d'Appel de Bruxelles, 28 janv. 2010, 2007/AR/2424 ; *Scarlet Extended SA v Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs (SABAM)*, question préjudicielle du 5 fév. 2010, C-70/10, JO 2010/C 113/30.

¹⁴ Civ. Bruxelles, 27 août 2010.

¹⁵ V. aussi, sur ces affaires, T. Verbiest, G. Spindler, G.-M. Riccio & A. Van der Perre, *Study on liability of Internet intermediaries (study prepared for the European Commission – Markt/2006/09/E Service Contract ETD/2006/IM/E2/69)*, 12 nov. 2007, *passim*.

Pour une tentative parallèle en Irlande : T. McIntyre, *Filter or Else! Music Industry Sues Irish ISP*, *Computer & Law*, avr.-mai 2008, Vol. 19, Issue 1 (www.scl.org/site.aspx?i=is9133). Pour un exemple américain de *class action* en défense de la vie privée engagée contre un fournisseur d'accès utilisant une technologie de *Deep Packet Inspection* : *Kirch v. Embarq*, 10-2047-JAR (D. Kan. Aug. 19, 2011).

Preuve de l'importance des contentieux SABAM : publiée en avril dernier,¹⁶ l'opinion de l'Avocat Général dans la première de ces affaires a déjà été citée, de façon très extensive,¹⁷ dans une importante décision rendue à Londres dans un litige opposant plusieurs studios de production au fournisseur d'accès British Telecom. La procédure engagée contre ce fournisseur d'accès britannique pose la question de la possibilité d'ordonner le blocage d'un site en particulier, notoirement connu pour favoriser la propagation de contenus protégés par le droit d'auteur ; les mesures demandées dans les affaires SABAM sont autrement plus radicales, qui consisteraient à instaurer filtrage et blocage pour *toutes* les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par les services de *tous* intermédiaires techniques.

Importance des affaires SABAM pour l'internet tout entier. Si en droit, la question de la légalité de la mise en place de mesures techniques affectant les moyens de communication participant de l'essence de l'internet se pose, on s'interroge bien au-delà sur leur impact social et économique. Car la façon dont les technologies de communication se développent, les caractéristiques qu'elles présentent comme la rapidité avec laquelle elles sont mises en place, conditionnent la capacité à innover, échanger des idées, etc. L'accord OMC consacre d'ailleurs des dispositions spécifiques au secteur des services de télécommunications en raison du « *double rôle qu'il joue en tant que secteur d'activité économique distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques* ». ¹⁸ Tant l'ouverture des protocoles techniques de l'internet, que celle des logiciels développés pour qu'ils fonctionnent de façon optimale, sont essentielles non seulement pour que l'internet fonctionne de façon souple et simple,¹⁹ mais pour la créativité qu'elles permettent. L'internet n'étant pas un espace balkanisé mais ouvert, il a incité les entrepreneurs à s'y consacrer – les coûts d'entrée pour innover étant faibles – et permis à leurs inventions de se déployer – pour cette même raison de coûts, mais aussi en raison de la popularité grandissante des réseaux : téléphonie gratuite par internet, commerce électronique,²⁰ blogs, etc. n'auraient pas connu le même succès sans ces conditions critiques de départ.²¹ Pivots de ce système, les intermédiaires techniques permettent de rapprocher les individus et les personnes morales et faciliter les transactions entre eux.²²

Filtrage et blocage : effets et excès. La croissance de ces moyens de communication, et leur distributivité, n'est pas du goût de tous les Etats, qui pour protéger leur régime ou leurs intérêts ont pris des mesures destinées à empêcher l'accès complet à internet, ou l'accès à des sites ou des informations

¹⁶ Aff. C-70/10, Concl. de l'Avocat Général Cruz Villalón, 14 avr. 2011.

¹⁷ [2011] EWHC 1981 (Ch), 28 juil. 2011, § 96 et § 165 à § 177 (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1981.html). Le juge a ordonné le blocage du site NewzBin, ayant indiqué qu'une telle mesure était acceptable parce que très limitée dans ses effets : [2011] EWHC 2714 (Ch), 26 oct. 2011 (www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2011/2714.html).

¹⁸ Accord OMC, Annexe sur les télécommunications, Art. 1.

¹⁹ M. Lemley & L. Lessig, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UCLA Law Review, 2001, Vol. 48, pp. 925–972.

²⁰ Dont la directive du 8 juin 2000 prévoit que le droit communautaire doit permettre que les citoyens et les opérateurs européens puissent en bénéficier pleinement, sans considération de frontières (considérant 3). V. soulignant à quel point l'environnement numérique a permis la réduction des coûts de transaction et l'augmentation des opportunités entrepreneuriales : Parlement Européen, *Study on Consumer Behaviour in a Digital Environment*, IP/A/IMCO/ST/2010-08, août 2011 (www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=fr&file=42591).

²¹ Sur la question, V. plus généralement Y. Benkler, *The wealth of networks: How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2006.

²² OECD, *The economic and social role of internet intermediaries*, avr. 2010, p. 9 : “*Internet intermediaries bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet*”.

en particulier.²³ La justification apportée par ces Etats pour la prise de telles mesures est celle de la protection de leur souveraineté. Quoique les techniques autoritaires ainsi mises en place ne soient pas à toute épreuve et soient régulièrement contournées, ce sont ces mêmes recettes qui pourraient être utilisées pour la régulation de l'utilisation des réseaux électroniques dans l'Union Européenne, mais pour la sauvegarde de droits de propriété intellectuelle cette fois – et de façon pas nécessairement plus transparente pour les utilisateurs. Le droit de l'Union Européenne permet-il l'adoption et la mise en œuvre de telles mesures techniques ? Répondre à cette question suppose de s'intéresser aux moyens préconisés (I) pour apprécier leurs effets tant sur les intermédiaires techniques que sur toute personne utilisant internet (II).

I. Filtrage et blocage, moyens inappropriés de protection des droits

L'Avocat Général, dans l'affaire Scarlett, décrit le « *contrôle à mettre en place* » comme « *essentiellement défini par les résultats qu'il doit produire, en relation avec l'objectif de blocage des fichiers détectés comme portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle* ». ²⁴ Les mesures proposées ne présenteraient donc d'intérêt qu'au regard des effets bénéfiques qu'elles sont censées produire. Par leur fonctionnement même (A), elles aboutissent pourtant à un contrôle disproportionné et contraire au droit (B).

A. Des mécanismes de traitement, d'identification et de rétention d'informations

De l'inspection à la halte de tout message électronique. En l'état de l'internet, les paquets d'information circulent avec divers traitements informatiques permettant d'en connaître l'expéditeur, le destinataire, ou la nature.²⁵ Filtrage et blocage vont plus loin : il s'agit d'introduire une technologie qui permet de traiter non plus l'enveloppe du message, mais son contenu.²⁶ Le détail des données échangées devient ainsi transparent, au premier niveau pour qui déploie cette technique, aux niveaux supérieurs pour toutes personnes qui sont en mesure de contraindre celui qui l'a implémentée à accéder à ses données – sans compter ceux qui pourraient y parvenir par espionnage, piratage, ou tout simplement en profitant d'une faille de sécurité.

Cette technologie peut être programmée. Ainsi des fournisseurs d'accès à internet, afin d'éviter l'engorgement de leurs infrastructures et de les protéger, et partant afin d'offrir un service de qualité à

²³ J. Zittrain & J. Palfrey, *Internet Filtering. The Politics and Mechanisms of Control*, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski & J. Zittrain (dir.), *Access Denied. The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, MIT Press, 2008, pp. 29-56 ; *Tools and Technologies of Internet Filtering*, eod. Loc., pp. 57-72; E. Zuckerman, *Intermediary Censorship*, in R. Deibert, J. Palfrey, R. Rohozinski & J. Zittrain (dir.), *Access Controlled. The Shaping of Power, Rights and Rule in Cyberspace*, MIT Press, 2010, pp. 71-85. V. aussi l'outil Herdict (herdict.org) permettant de connaître en temps réel, pays par pays, l'empêchement d'accès à des sites web.

²⁴ § 48 des Concl. préc.

²⁵ Pour une approche critique approfondie du filtrage : C. Callanan, M. Gercke, E. de Marco et H. Dries-Ziekenheiner, *Filtrage d'internet : équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, Juriscom.net, 20 mai 2010. V également E. Montero & Q. Van Enis, *Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?*, RLDI 2010/60, p. 95.

²⁶ Sur le fonctionnement de cette technique et ses conséquences politiques : R. Bendorath & M. Mueller, *The End of the Net as we know it? Deep Packet Inspection and Internet Governance*, SSRN, 4 août 2010 (ssrn.com/abstract=1653259) ; sur ses implications économiques : C. Marsden, *Network Neutrality: A Research Guide in I. Brown (dir.), Handbook of Internet Research*, Edward Elgar, 2012 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1853648).

leurs utilisateurs, ont-ils déjà mis en place des outils permettant, par exemple, de traquer et retenir des virus ou des envois massifs d'e-mails non sollicités. Les mesures préconisées dans les affaires pendantes devant la CJUE tendent à paramétrer le filtrage et le blocage de manière maximaliste : pas de limitation des échanges à analyser, pas de restriction à une catégorie d'utilisateurs, pas non plus de limitation dans le temps, pas même de limitation quant aux demandeurs et aux droits dont ils revendiqueraient la protection par filtrage ! Les contenus signalés comme étant à bloquer en application d'une règle technique le seraient de manière automatique et systématique.²⁷

Un système reposant sur des acteurs et outils privés. Dans le cas du blocage de logiciels malveillants ou de spams, l'inspection repose sur l'identification de contenus répliqués à grande échelle. Le filtrage est intégré à l'architecture des réseaux dans une logique de protection de ces mêmes réseaux. Afin de sauvegarder leur intégrité, d'endiguer temporairement les usages anormaux de bande passante, et garantir la sécurité des équipements rattachés aux réseaux (les terminaux utilisés par les abonnés),²⁸ ces mécanismes sont inhérents à la prestation de services de communication, et à l'exécution loyale du contrat que les opérateurs passent avec leurs clients. Dans les affaires qui nous occupent, il s'agit de pousser la technique à pleine vapeur afin de permettre la surveillance de toutes les unités d'information circulant par les infrastructures des adversaires de la SABAM, et la prise d'une décision, par un intermédiaire technique privé, sur le sort de chacune de celle-ci : blocage, ou non, en fonction du résultat de l'analyse opérée et n'ayant rien à voir avec sa mission première.

Filtrage et blocage sont deux mécanismes interdépendants. Le filtrage peut être vu comme le fait d'immerger un filet, et le blocage d'en choisir la dimension des mailles afin d'attraper tel ou tel type de poisson. L'enjeu des affaires est celui de l'apposition ou non d'un système qui permet d'analyser les données qui circulent, et de retenir celles qui participent d'une violation d'un droit d'auteur,²⁹ qu'elles soient ascendantes ou descendantes (*i.e.* fassent l'objet de téléchargements ou téléversements). L'Avocat Général relève que cela revient à contrôler ce qui circule sur les réseaux³⁰ – sans toutefois aller jusqu'à observer qu'il s'agit d'une rupture avec l'économie classique du fonctionnement des réseaux d'information et de communication... et d'une rupture juridique.³¹

B. Un contrôle technique disproportionné et contraire au droit

²⁷ Il s'agirait donc d'adopter la forme la plus extensive du filtrage (B. Wagner, *Modifying the data stream: Deep packet inspection and internet censorship*, 3rd Annual GigaNet Symposium. Hyderabad, Inde, 4 nov. 2008) alors qu'il n'avait jusqu'ici été envisagé que de façon limitative pour les infractions graves comme la circulation d'images d'abus sexuels sur mineurs (B. Dedman & B. Sullivan, *ISPs are Pressed to Become Child Porn Cops*, MSNBC.com, 16 oct. 2008, www.msnbc.msn.com/id/27198621).

²⁸ T. Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2003, Vol. 2, p. 141 et s., qui donne pp. 166-67 six motifs de restrictions, limitées, au principe de neutralité des réseaux qu'il identifie. V. aussi, destiné à « protéger l'intégrité technique des réseaux ou services publics de transport des télécommunications », Accord OMC, Annexe ACGS, Télécom, art. 5.e.ii.

²⁹ Ici : « fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle ».

³⁰ « la mesure sollicitée, présentée comme une simple injonction adressée à un FAI dans le cadre d'une procédure civile tendant à la constatation et à la sanction d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle ainsi qu'à la réparation des dommages en résultant, tend, en réalité, à la mise en place permanente et perpétuelle d'un système systématique et universel de filtrage de l'ensemble des communications électroniques transitant par les services dudit FAI » (§ 59 des Concl. préc.).

³¹ Sur laquelle : C. Marsden, *Net Neutrality. Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, 2010, pp. 105-149

Le contrôle technique, une surcharge du cadre juridique. Il ne s'agit pas seulement de modifier radicalement l'architecture des réseaux ouverts de l'internet. La rupture serait aussi celle du cadre juridique, qui consisterait non plus à réglementer les usages faits des techniques mais à modifier, par le droit, le fonctionnement des techniques, de manière à conditionner les usages qui en découlent – non point seulement les usages que le droit chercherait à empêcher, mais tous ceux qui supposent l'emploi de ces techniques, quels qu'en soient la teneur, la portée ou la finalité.³² Car pour pouvoir chercher à empêcher des atteintes à des droits d'auteur, il faudrait passer *toutes* les communications électroniques au crible. Au risque de prendre dans les filets un message échangé par des élèves travaillant sur une œuvre dans le cadre de leur cours de lettres modernes, un journaliste envoyant à la rédaction ses *rushes* avant montage,³³ etc.

Les mesures demandées par la SABAM pour la protection des droits des auteurs sont en effet extrêmement larges : elles visent à ce qu'un intermédiaire technique mette en place, à titre préventif et *in abstracto*, à l'égard de l'ensemble de leurs utilisateurs, un système de filtrage des informations qu'ils font circuler ou hébergent, et ce sans limitation de durée. On comprend que la société de gestion collective qui sollicite ces mesures souhaite qu'elles soient étendues, et cherche à reporter sur les intermédiaires les coûts de la lutte contre la contrefaçon. Néanmoins, la portée des filtrage et blocage préconisés est telle que la mesure apparaît disproportionnée, quand elle n'est pas illégale.

Un contrôle technique illégal. Elle serait illégale *per se* car contraire à l'article 15 de la directive commerce électronique, qui prévoit qu'il ne puisse être imposé aux prestataires techniques « *une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». Enjoindre la mise en place d'un système analysant toutes les unités d'information qui circulent ou sont hébergées par les intermédiaires techniques reviendrait à instaurer ce qui est pourtant expressément proscrit par ce texte. Dans le contentieux opposant diverses sociétés du groupe L'Oréal à eBay, la CJUE a d'ailleurs rappelé avec force qu'une telle obligation de surveillance générale serait incompatible avec l'article 3 de la directive 2004/48, qui énonce que les mesures prises pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle doivent être équitables et proportionnées et ne doivent pas être excessivement coûteuses.³⁴

Un contrôle technique non dissuasif. La CJUE précisait aussi que les mesures doivent être dissuasives, et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime.³⁵ Filtrage et blocage sont-ils dissuasifs ? Il s'agit de mesures relatives aux flux, et non aux personnes qui sont à l'origine de ceux-ci : des informations seraient bloquées parce qu'illicites, mais leurs émetteurs ne seraient pas sanctionnés. La décision judiciaire n'aurait ainsi pas d'effet sur les contrevenants, ce qui la priverait en outre d'impact social ou éducatif.

³² Plus généralement sur la question : T. Gillespie, *Wired Shut: Copyright and the Shape of Digital Culture*, MIT Press, 2007, spéc. p. 6.

³³ On imagine aisément que ses prises de vue brutes contiennent de la musique diffusée sur le lieu de tournage, contribuant ainsi à leur repérage par un système de filtrage.

³⁴ C-324/09, 12 juil. 2011, § 139.

³⁵ *Loc. cit.*, § 144.

Effet ricochet du contrôle technique pour les titulaires des droits d'auteur. Filtrage et blocage sont aussi de nature à créer des obstacles au commerce légitime. Le prononcé d'une telle mesure aurait, par hypothèse, pour effet ricochet d'empêcher la circulation des informations relatives à des œuvres circulant de manière régulière. La mesure visant à filtrer et bloquer de la façon la plus extensive possible tout ce qui relève du catalogue de la société de gestion collective, on peut imaginer qu'une vidéo que l'artiste lui-même, ou son producteur voudrait mettre en ligne, serait stoppée dès qu'elle est reconnue par le fournisseur d'accès – pouvant aussi conduire à des conflits d'intérêts entre artistes et producteurs insolubles, ceux-ci ayant sur les mêmes œuvres des droits distincts !

Tout fichier contenant une œuvre objet de blocage que le titulaire des droits voudrait stocker dans un espace virtuel en ligne est susceptible d'être retenu, ce qui est singulier à l'heure où il existe une forte demande pour les services déportés (« *cloud computing* ») permettant de dupliquer le contenu de son disque dur sur un serveur pour pouvoir y accéder en disposant d'une connexion internet, ce qui permet de sauvegarder ses données, et facilite aussi le travail nomade.³⁶ On voit ainsi que les mesures dont il est proposé la mise en place pourraient, pour le respect de la propriété de l'œuvre, avoir pour résultat paradoxal d'interdire certaines manipulations au titulaire du droit d'auteur lui-même ou aux personnes autorisées !

Un contrôle technique inefficace et pourtant juridiquement contraignant. Une autre observation élémentaire peut être faite, qui est que la norme de comportement dont il est demandé qu'elle soit enjointe aux intermédiaires techniques repose sur la mise en place par eux d'une technique estimée propre à permettre la protection des droits d'auteur. Cela suppose d'établir qu'il existe, ou qu'il pourrait exister, des techniques logicielles si sophistiquées qu'elles permettraient de distinguer les œuvres qui circulent licitement de celles dont ce ne serait pas le cas. Il est pourtant un constat empirique et récurrent selon lequel il n'existe pas de système de sécurité parfait, qui fonctionnerait sans aucun défaut. En matière de filtrage, diverses juridictions des Etats membres ont déjà estimé que le filtrage était inefficace. Ce fut le cas dans la première affaire dans laquelle cette technique fut évoquée, la fameuse affaire Yahoo : le juge observa qu'une autre forme de filtrage, celui d'adresses IP, ne permettait d'empêcher la diffusion de contenus illicites en France que dans 70 % des cas.³⁷ D'autres juridictions, sur la base du même constat du caractère insatisfaisant ou inefficace de mesures de filtrage, ont refusé d'enjoindre l'implémentation de telles techniques³⁸ ; une cour néerlandaise a par exemple ordonné d'autres mesures que celles de filtrage, estimant que celui-ci ne fonctionnait pas de manière convaincante.³⁹ Plus récemment, une juridiction allemande a refusé qu'un intermédiaire internet ait recours à des filtres et moyens de blocage au motif que, outre que de telles mesures n'auraient pas de base légale, elles

³⁶ Alors que se développent les échanges dématérialisés dans les procédures judiciaires, l'on peut même imaginer qu'un contentieux portant sur la contrefaçon d'une œuvre ne puisse donner lieu à la circulation entre avocats des parties du fichier de cette œuvre pour son examen !

³⁷ TGI Paris, réf., 20 nov. 2000, Juriscom.net.

³⁸ Ainsi Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 7 mai 2007, 24 CS 07.10 (www.jurpc.de/rechtspr/20070082.htm) dans laquelle la juridiction a, comme dans l'affaire Yahoo, constaté l'absence de technologie de filtrage efficace pour identifier la localisation d'un utilisateur.

³⁹ Rechtbank Zwolle-Lelystad, 3 mai 2006 (et 14 mai 2007), n° AW6288, Stokke c/ Markplats.

obligeraient à prendre de nombreuses précautions techniques qui auraient à être constamment adaptés à un contexte évolutif et de nouvelles formes de violation du droit d'auteur.⁴⁰

L'absence d'efficacité se vérifiera par hypothèse pour le système sollicité dans les affaires SABAM. Alors qu'il existe un postulat selon lequel il n'existe pas de système technique véritablement efficace, celui qui l'a implémenté ne serait pas exonéré de responsabilité mais devrait s'acquitter d'une astreinte pour n'avoir pas su bloquer certains contenus !

Un contrôle technique contraire à la force de chose jugée. Pire encore, il s'agirait de mettre en place des mesures qui seraient dynamiques et évolutives (deux caractéristiques supplémentaires à remplir, permettant de nouveau de douter de la capacité technique d'implémenter une solution informatique adaptée). Aux termes mêmes de l'Avocat Général, « [l]e contrôle à mettre en place, qui comporte ainsi une phase de filtrage et une phase d'identification, est donc essentiellement défini par les résultats qu'il doit produire, en relation avec l'objectif de blocage des fichiers détectés comme portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Il doit également pouvoir s'adapter aux évolutions technologiques. Il doit, pour être efficace, être à la fois systématique, universel et évolutif ». Si d'aventure une telle mesure était adoptée, qu'un juge puisse ainsi s'en remettre à un outil technique reviendrait *de facto* à lui abandonner le pouvoir de sanction qui lui est propre. Cela est contraire aux principes élémentaires de la force de chose jugée.

Double peine. Voici donc des intermédiaires qui devraient répondre du fonctionnement d'un outil dont ils n'ont pourtant pas choisi le fournisseur, ni mesuré les capacités,⁴¹ et en répondre devant la personne qui a précisément dicté ce choix technique... Si la CJUE donnait aux questions préjudicielles posées une réponse favorable à la SABAM, cela reviendrait à prononcer une double peine pour l'opérateur, qui devrait d'un côté mettre en place un système très lourd parce que destiné à être efficace à 100 % en supportant les coûts, et en plus s'acquitter de l'astreinte dès lors qu'est constaté un cas de dysfonctionnement d'un système dont il est pourtant légitime de douter de la pleine efficacité, ou dès lors qu'une seule personne aura dévoilé une parade de contournement⁴² (sans parler des hypothèses de responsabilité contractuelle de l'intermédiaire technique à l'égard de ses utilisateurs censurés à tort). Il ne peut être enjoint à la fois la mise en place d'un outil technique censé permettre de prévenir des violations de droit et l'obligation pour celui qui obéit à cette injonction d'assumer personnellement la défaillance de cet outil conçu par un tiers. A rebours du principe *lex cogit ad non impossibilia*, cela revient à devenir responsable du fait qu'il n'existe pas de système efficace.

Il ressort donc de l'examen de la nature même des mesures préconisées qu'elles sont extrêmement lourdes sans être dissuasives, confirmant qu'elles sont disproportionnées, en plus d'être illégales *per se*.

⁴⁰ Landgericht Köln, 31 août 2011, 28 O 362/10 (www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2011/28_O_362_10_Urteil_20110831.html).

⁴¹ Il est postulé que les intermédiaires ne pourraient choisir l'outil de filtrage à mettre en place, les conclusions de l'Avocat Général citant un rapport d'expert selon lequel La solution proposée par la société Audible Magic serait « la seule à tenter de répondre à la problématique de manière spécifique » (§ 21).

⁴² [2011] EWHC 1981 (Ch), 28 juil. 2011 (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1981.html), § 193, soulignant que les internautes parviendront à contourner la mesure de blocage sollicitée par les demandeurs.

Elles sont en outre si extensives qu'elles auraient de nombreux effets collatéraux et indésirables si elles venaient à être effectivement appliquées.

II. Effets du filtrage et du blocage

Filtrage et blocage sont des mesures techniques combinées qui pourraient, selon l'argumentaire de la SABAM, permettre la cessation de l'utilisation illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'empêcher qu'elles puissent reprendre sous une autre forme. Ces mesures que devraient implémenter les fournisseurs d'accès à internet comme les fournisseurs de services de la société de l'information affecteraient non seulement leurs activités d'une façon stricte (A), mais avec des effets induits pour toute personne morale ou physique utilisant internet (B).

A. Effets pour les intermédiaires techniques

Outre qu'une telle obligation irait par construction à rebours de leur statut juridique (1), elle ne pourrait se faire qu'avec amplification de sa portée, tant matériellement que géographiquement (2).

1. Des mesures remettant en cause l'activité des intermédiaires

Définition juridique des intermédiaires techniques. Qu'ils soient transporteurs ou hébergeurs d'informations, les prestataires visés aux articles 12 et 14 de la directive commerce électronique fournissent un « *service de la société de l'information* », définis par le législateur communautaire comme « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Le principe même de ces services est de faire circuler l'information ou d'en permettre l'hébergement. Les règles communautaires précisent que par « *voie électronique* », il faut comprendre « *un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques* ».

Définition excluant par hypothèse le filtrage ou le blocage. Légalement donc, il n'existe donc de service de la société de l'information que s'il est « *envoyé à l'origine et reçu* » (c'est nous qui soulignons), et s'il est « *entièrement transmis, acheminé et reçu* » (nous soulignons de nouveau). Il découle ainsi de sa définition juridique qu'il n'existerait de « *service de la société de l'information* » presté par les intermédiaires de transport et de stockage que si les informations qu'ils traitent sont effectivement envoyées, et reçues. Le régime découlant de la qualification, l'activité ainsi définie paraît exclusive de toute possibilité de blocage. Dans cette perspective, le fait d'empêcher l'envoi d'une information, ou sa réception, va à l'encontre de la nature du service envisagé par le législateur.

Effets sur d'autres droits de propriété intellectuelle. S'agissant des fournisseurs d'accès, si des mesures de filtrage et blocage du type de celles qui sont demandées étaient conjointes, elles présenteraient la particularité de contraindre leur infrastructure technique plutôt que les personnes

morales qui les exploitent. Il ressort en effet de la lecture des décisions rendues en Belgique dans l'affaire SABAM / Scarlet qu'une solution technique développée par une société de services informatiques a été préconisée.⁴³ L'interopérabilité de ce système avec ceux du fournisseur d'accès, ou les obligations qu'a ce dernier à l'égard des fournisseurs de logiciels qu'il utilise, peuvent être mises en péril.⁴⁴ Les installations des intermédiaires techniques sont également protégées par le droit de la propriété intellectuelle, et viendraient à être frappées par une décision prise précisément pour le respect de ce droit.

Effets sur le service presté par les intermédiaires. Si d'aventure elles étaient implémentées, les mesures préconisées seraient-elles transparentes pour les personnes qui seraient atteintes en cascade par celles-ci ? A l'égard de la « clientèle » des intermédiaires visés – soit de plusieurs milliers à plusieurs millions de personnes, sans compter celles avec lesquelles elles communiquent, car on a vu que les mesures dépassaient nécessairement les seuls clients des prestataires –, des informations pourraient être bloquées après envoi ou retenues avant réception. Seront-elles avisées que ces blocages sont intervenus, et de quelle manière ? Disposent-elles d'un recours contre leur contractant, celui-ci ayant procédé au blocage sur *injonction judiciaire* ? L'on imagine que leur réaction après qu'elles auront appris que leurs communications font l'objet d'un traitement particulier sera moins de nature juridique qu'économique, et consistera à se tourner vers un autre prestataire, la décision ayant alors pour possible dommage collatéral de causer, au moins pour un temps, un désavantage concurrentiel à ceux qui sont basés dans l'Union Européenne.⁴⁵

Tous ces risques sont d'autant plus élevés en considération de la portée matérielle et géographique des mesures de filtrage et blocage préconisées.

2. La portée matérielle et géographique du filtrage et du blocage

a) Portée matérielle des mesures : risques de « sur-blocage »

Neutralisation du mécanisme de notification. La règle est connue : qu'ils transportent des informations à la demande des destinataires de leurs services, ou qu'ils stockent des informations que ces derniers leur fournissent, les prestataires opérant sur les réseaux ne peuvent voir leur responsabilité engagée dès lors qu'ils s'en tiennent à ce rôle, et ne sont pas à l'origine de la circulation de contenus illicites, ou n'en ont pas le contrôle, ou encore font de leur mieux pour les retirer dès qu'ils ont en connaissance. Les articles 12 et 14 de la directive commerce électronique organisent ainsi le régime juridique de leur activité. Tous deux ont en commun de prévoir qu'il puisse, « *conformément aux systèmes juridiques des États membres, [être exigé] du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation* ». Cette disposition est le siège de la possible instauration d'un mécanisme préventif, à la

⁴³ En l'occurrence celle de la société Audible Magic (cf. note n° 40).

⁴⁴ Qui, s'agissant du FAI, ne tient compte que des frais, pas des droits de propriété intellectuelle sur les modalités de gestion de ses infrastructures

⁴⁵ Il est possible d'avoir accès à un FAI étranger, ainsi que cela a été démontré de manière éclatante lors des « printemps arabes », quand le fournisseur d'accès FDN a offert depuis la France un point d'accès RTC au réseau en Egypte : A. Luquin, Censure de l'internet en Egypte : une humble action de FDN, 28 janv. 2011 (blog.fdn.fr/?post/2011/01/28/Censure-de-l-internet-en-%C3%89gypte-%3A-une-humble-action-de-FDN).

condition qu'il soit décidé par une juridiction ou une autorité administrative du pays où la violation est intervenue ou pourrait intervenir.

Dans le cas spécifique des fournisseurs d'hébergement, la directive ajoute que l'aménagement de leur responsabilité « n'affecte pas (...) la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ». Cette disposition optionnelle a été prévue afin de prévenir l'instrumentalisation du mécanisme de notification de l'existence de contenus dont il est prétendu qu'ils seraient illicites, leur signalement devant être suivi d'un retrait par leur hébergeur, sans que celui qui a fourni ces contenus dispose d'une possibilité de réplique. A l'occasion de la transposition de la directive, quelques pays ont ainsi choisi de créer un système de « contre-notification ».⁴⁶ En prévoyant en 2000 l'instauration de ce garde-fou, le législateur communautaire souhaitait contenir les risques de frictions ou d'excès d'un système principalement privé reposant sur les actions des uns et les réactions des autres. L'équilibre juridique qu'il a mis en place par la loi court le risque d'être neutralisé par l'effet des mesures de blocage proposées : celles-ci intervenant en amont, dès le stade de l'émission d'une communication électronique et non de sa diffusion, elles priveraient la personne affectée par la suppression d'un contenu de la possibilité de réagir.

Risques d'instrumentalisation : l'expérience américaine. La pratique a postérieurement montré à quel point la mise en place d'un tel système permettant de contrebalancer les signalements de contenus présentés comme illicites alors qu'ils ne le sont point était nécessaire. Cela s'est d'abord constaté dans l'application du *Digital Millenium Copyright Act*, texte adopté aux Etats-Unis afin de protéger les droits des auteurs sur internet, qui a précédé et inspiré le législateur communautaire.⁴⁷ Ce texte fut le premier à instaurer un mécanisme de notification de la violation d'un droit à un intermédiaire en vue du retrait d'un contenu litigieux. Les dérives possibles d'un tel abandon aux personnes privées des initiatives d'identification, de détection et de retrait de contenus contrefaisants ont rapidement été critiquées par la doctrine américaine. Plusieurs auteurs ont démontré qu'en ce domaine la surveillance et la réaction privées ont des conséquences négatives sur l'exercice de la liberté d'expression, et l'usage normal de contenus protégés par le droit de la propriété intellectuelle (*fair use*). Un fournisseur d'hébergement qui a à arbitrer entre, d'une part le retrait d'un contenu dont il lui est indiqué qu'il est illicite, et d'autre part la mise en jeu possible de sa propre responsabilité, tendra mécaniquement à supprimer le contenu signalé.⁴⁸ S'il veut en analyser la régularité, cela présente un coût – sans commune mesure avec celui de la notification qui en est à l'origine – et suppose d'y consacrer du temps, ce alors même que les textes

⁴⁶ C'est le cas de la Lituanie, ou de la Finlande dont le système de « contre-notification » se limite toutefois aux seuls cas de violation de droits d'auteur. Pour le détail de leur fonctionnement : T. Verbiest, G. Spindler, G.-M. Riccio & A. Van der Perre, *Study on liability of Internet intermediaries (study prepared for the European Commission – Markt/2006/09/E Service Contract ETD/2006/IM/E2/69)*, 12 nov. 2007, *passim*.

⁴⁷ Le système américain garantit de façon plus satisfaisante que son homologue européen les intérêts de la personne qui est à l'origine de la mise en ligne du contenu retiré par son hébergeur, par exemple en obligeant l'intermédiaire à informer son client, ce que ne prévoit pas la directive 2000/31/CE.

⁴⁸ S. Katyal, *The New Surveillance*, 54 Case Western Reserve Law Review, 2003, Vol. 54, pp. 367-368 ; S. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, University of Pennsylvania Law Review, 2006, Vol. 155, pp. 32-33; Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, Georgetown Law Journal, 2000, Vol. 88, pp. 1888-89 ; W. Seltzer, *Intermediaries, Incentive Misalignments, and the Shape of Online Speech?*, Berkman Center for Internet and Society, Harvard Law School, 2009. V. aussi B. Tabaka, *Une histoire d'hébergeurs : et la liberté d'expression*, OWNI, 31 août 2011 (owni.fr/2011/08/12/internet-droit-histoire-hebergeurs-liberte-expression/).

prescrivent une réaction rapide de sa part ! Dans le droit américain qui plus est, l'exemption de responsabilité des intermédiaires suppose qu'ils agissent de bonne foi,⁴⁹ ce qui les incite à exécuter sans attendre la demande de retrait plutôt qu'à étudier la validité de celle-ci sur le fond. L'économie de ce corps de règles tend à ce qu'il soit systématiquement donné satisfaction aux personnes formulant des demandes exagérant la portée des droits qui sont les leurs, et à encourager la répétition de cette façon d'agir.⁵⁰

Risques d'instrumentalisation : l'expérience européenne. *Mutatis mutandis*, les mêmes risques de fraude à la loi existent dans le système européen. Le phénomène est néanmoins, et malheureusement, fort peu documenté. Il a été mis en évidence par une association néerlandaise qui avait procédé à une expérimentation semblable afin de tester les limites pratiques de ce système de régulation. Elle créa chez divers fournisseurs d'hébergement des Pays-Bas un site sur lequel elle mit en ligne un texte d'un auteur mineur du dix-neuvième siècle. Sur chacun des sites, figurait la date de publication du texte (1871) ainsi que le fait que celui-ci relevait du domaine public. Quelques semaines plus tard, parvint à chacun de ces intermédiaires une requête en retrait de ces contenus, présentée par une personne prétendant être un ayant droit sur le texte en question et demandant sa suppression. Deux des hébergeurs exécutèrent la demande dans la journée qui suivit, le premier moins de trois heures après réception de la notification. Un autre choisit de s'adresser à son client en lui donnant 24 heures pour procéder lui-même au retrait puis, faute de réponse, supprima le contenu. Au total, 70 % des intermédiaires techniques sollicités retirèrent le contenu présenté comme illicite sans chercher à vérifier si les conditions légales étaient réunies pour ce faire.⁵¹ Dans une présentation faite de cette expérimentation, un des chercheurs conclut en observant qu'il suffit d'une adresse e-mail pour faire tomber un site.⁵²

Procédant à une expérimentation comparable dans une perspective comparatiste, des chercheurs britanniques ont quant à eux montré que les prestataires britanniques sont plus nombreux que leurs homologues à retirer des contenus pourtant parfaitement conformes au droit d'auteur, sans retour en ligne ensuite de ces contenus.⁵³

Risques d'instrumentalisation induits par les affaires SABAM. L'expérience est riche d'enseignements. Portant sur une seule œuvre, elle a eu pour effet la suppression de communications pourtant conformes au droit. L'on peut imaginer une démultiplication de tels effets négatifs si, d'aventure, une juridiction acceptait la mise en place d'un système de blocage tel que celui demandé par la SABAM, par l'effet de l'augmentation du nombre de signalements de contenus présentés comme illicites aux intermédiaires.

Une erreur involontaire dans la signification aux intermédiaires d'une des nombreuses œuvres dont elle a la gestion se traduirait par le blocage de communications se rapportant à cette œuvre qu'il serait pourtant

⁴⁹ 17 U.S.C. § 512(g)(1)

⁵⁰ M. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2007, Vol. 6, pp. 101-115.

⁵¹ D. R. Zenger, *Providers verwijderen tekst Multatuli*, *Bits of Freedom*, 13 oct. 2004 (www.bof.nl/2004/10/13/providers-verwijderen-tekst-multatuli/).

⁵² S. Nas, *The Multatuli Project: ISP Notice and Takedown*, *Bits of Freedom*, 1er oct. 2004 (www.bof.nl/docs/researchpaperSANE.pdf).

⁵³ C. Ahlert, C. Marsden & C. Yung, *How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation*, 2004 (pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf).

licite d'échanger : le système préconisé étant appelé à reposer sur les constats auxquels procède la SABAM et en l'absence de contrôle judiciaire, les intermédiaires seraient liés par les revendications de cette dernière (étant dans l'impossibilité de vérifier œuvre par œuvre que la société de gestion a des droits). Un auteur qui souhaiterait quitter cette société de gestion collective des droits et reprendre personnellement la gestion de ses œuvres devrait s'assurer qu'il y a bien, parallèlement et immédiatement, mise à jour des systèmes d'inspection des intermédiaires techniques susceptibles de bloquer ses œuvres. A côté de ces situations spécifiques, si d'aventure un juge national, guidé en ce sens par la CJUE, décidait d'ordonner à un ou plusieurs intermédiaires de mettre en place des mesures techniques moins étendues que celui exigé en l'espèce, le risque est grand, et avéré, de voir ces intermédiaires choisir d'aller au-delà des prescriptions judiciaires, pour n'avoir pas à craindre de sanction dans le cas où un doute existe sur l'obligation qu'il a de filtrer et/ou bloquer.⁵⁴ De nouveau, cela montre que le recours à des solutions techniques pour le respect des droits de propriété intellectuelle, amenant des personnes privées à prendre des décisions faisant grief, et ce au moyen de techniques automatisées, n'est pas de bonne justice, par les biais qu'elle engendre. L'évacuation de toute possibilité d'appréciation sur le sort de la circulation d'une œuvre a pour effet de transformer l'intermédiaire en censeur de fait ; l'élargissement à d'autres intermédiaires des mêmes mesures pourrait ainsi conduire à une censure rampante. S'agissant du réseau transnational qu'est internet, le recours à des solutions techniques implémentées au sein de l'Union aurait en outre des effets mécaniques hors de son territoire.

b) Portée géographique des mesures : des effets extraterritoriaux

Effet mécanique au-delà des frontières de l'UE. Dès lors qu'il s'agit d'identifier, traiter et retenir tous éléments d'information circulant au moyen des infrastructures des fournisseurs d'accès, la mesure n'affecte pas nécessairement l'intermédiaire technique établi dans l'Union Européenne, ni seulement ses utilisateurs. Les communications entrantes sont affectées, ce qui touche un nombre extrêmement élevé de personnes. L'Avocat Général identifie ce risque alors qu'il s'interroge sur le champ d'application *rationae materiae et personae* de la mesure en observant que celle-ci « *tend, en réalité, à la mise en place permanente et perpétuelle d'un système systématique et universel de filtrage de l'ensemble des communications électroniques transitant par les services dudit FAI* »,⁵⁵ et que « *la mesure sollicitée, présentée comme une injonction adressée à une personne morale identifiée lui imposant la mise en place d'un système de filtrage et de blocage, est en réalité appelée à affecter durablement un nombre indéterminé de personnes morales ou physiques, de FAI ou d'internautes, de prestataires de services de la société de l'information et d'utilisateurs desdits services* ». ⁵⁶ On pourrait regretter que cette analyse ne soit pas poursuivie par celle du champ d'application *rationae loci*.⁵⁷ En effet, la mesure visant de manière indifférenciée l'ensemble des informations que transporte ou stocke un prestataire, et l'ensemble des personnes qui en sont émettrices ou destinataires, elle a par construction un effet extraterritorial. Dès lors que les traitements demandés reposent sur l'analyse des paquets d'information et leur comparaison avec

⁵⁴ Il est à noter que le débat concerne ici des sociétés exerçant une activité économique, mais que les mesures pourraient concerner des associations à but non lucratif ou des particuliers qui n'ont pas les moyens (techniques ou financiers) d'implémenter des mesures techniques du type de celles discutées ici.

⁵⁵ Concl., § 58 (« FAI » est l'acronyme de « fournisseur d'accès à internet »).

⁵⁶ *Loc. cit.*, § 62.

⁵⁷ Une évocation rapide est faite en ces termes au § 61 des Concl. : « *non seulement dans l'État membre à l'origine des questions préjudicielles, mais également à l'ensemble des États membres, voire au-delà* ».

l’empreinte des œuvres dont il est demandé la protection, le blocage est susceptible d’intervenir non pas à raison des droits qui seraient détenus sur ces œuvres dans l’Union, mais par le fait même qu’elles y ont transité et qu’elles y sont reconnues.⁵⁸

Possible violation des règles de l’OMC. Dans le réseau acentrique internet, dont l’une des caractéristiques est le routage dynamique des informations de façon à ce l’information puisse toujours circuler, une grande partie des informations transportées au sein de l’Union Européenne lui sont parfaitement étrangères. Prendre une mesure en raison du lieu d’établissement dans l’Union d’un prestataire affecte nécessairement une partie de la circulation d’informations ne concernant pas des personnes ou des activités ayant un lien avec l’Union.⁵⁹ Une telle décision visant un service étranger au travers de sa forme désincarnée d’unités d’information circulant sur des réseaux se trouvant physiquement dans son territoire pourrait même constituer la violation d’un engagement international de l’Union Européenne d’autoriser l’accès à ces services, engagement découlant de l’Accord général sur le commerce des services.⁶⁰ C’est aussi l’une des nombreuses raisons pour lesquelles l’instauration de mesures de blocage affecterait nécessairement les utilisateurs d’internet.

B. Effets pour les utilisateurs d’internet

Perte du bénéfice économique des exceptions au droit d’auteur. Les personnes et activités susceptibles d’être affectées par la mise en place des mesures de filtrage et de blocage sont très diverses et, à travers elles, l’exercice d’autant de libertés correspondantes. Si l’Avocat Général évoque dans ses conclusions de possibles limitations au droit au respect de la vie privée et familiale, à la protection des données à caractère personnel et à la liberté d’expression et d’information,⁶¹ les mesures préconisées pourraient bien venir heurter d’autres principes fondamentaux, en ce qu’elles touchent aux activités économiques ou sociales reposant sur l’utilisation des réseaux. Par exemple, alors que le contentieux a pour origine la violation de droits d’auteur, il est étonnant de relever qu’il n’est nulle part question dans les conclusions de l’Avocat Général des exceptions à ces droits ; pourtant, dans les affaires judiciaires relatives à la propriété intellectuelle et internet, ces deux éléments sont habituellement débattus ensemble.⁶²

Dès lors qu’une activité économique en ligne repose sur l’usage d’œuvres couvert par une exception au droit d’auteur, cette activité est susceptible d’être affectée, en tout partie, par les mesures de blocage

⁵⁸ Rappr. en matière de marques : CJCE, 23 oct. 2003, administration des Douanes c/ société Rioglass et Transtremar, n° C -115/02, 18 oct. 2005, Class international c/ société Colgate-Palmolive company et autres, n° C-405/103, jugeant que l’opération de transit de par sa nature, ne constitue pas une mise sur le marché, laquelle consiste en une offre de vente suivie d’effet.

⁵⁹ A supposer que la mesure se limite à l’Union, elle aurait un autre effet indésirable : celui de conférer un avantage concurrentiel aux sociétés qui sont basés hors de l’Europe et sur lesquelles ne pèseraient pas des obligations particulières de fourniture de services, s’agissant de marchés des services en ligne dans lesquels la concurrence ne se limite pas au territoire géographique de l’Union.

⁶⁰ V., sanctionnant l’interdiction sur le territoire des Etats-Unis de services prestés via internet depuis Antigua et Barbuda : Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶ 5, WT/DS285/AB/R (Apr. 7, 2005). Adde A. Chander, Trade 2.0, *The Yale Journal Of International Law*, 2012, Vol. 34, pp. 281-331.

⁶¹ Concl., § 69 et s.

⁶² Le terme « exception » ne figure pas dans le corps des conclusions de l’Avocat Général. On en trouve mention dans la note de bas de page n° 5, qui évoque la seule copie privée.

pouvant venir empêcher la circulation d'informations pourtant normalement utilisées. Une étude avait montré qu'aux Etats-Unis, 20 milliards de dollars de chiffre d'affaires étaient liés au *fair use*.⁶³ Dans un environnement dans lequel les activités économiques licites liées aux contenus protégés sont nombreuses, le possible couperet du blocage paraît de nature à restreindre la liberté d'entreprendre de nombreuses entreprises fournissant des services de la société de l'information, et pas seulement des intermédiaires techniques. Les mesures de filtrage et blocage sollicitées étant maximales, il est même possible de s'inquiéter de l'effet qu'elles pourraient avoir pour les entreprises diffusant des œuvres musicales ou audiovisuelles avec l'accord des ayants droit (*webradios*, services d'écoute ou de visualisation à la demande, etc.).

Perte du bénéfice social des exceptions au droit d'auteur. Toujours s'agissant des exceptions au droit d'auteur, si l'on prend le cas particulier de la société Netlog, celle-ci se présente comme une communauté où il est possible de garder contact avec ses amis.⁶⁴ Si ce réseau social permet, par exemple, l'échange privé de morceaux musicaux, il est possible de se demander si un tel usage ne serait pas susceptible de relever des exceptions classiques au droit d'auteur permettant la reproduction ou la représentation dans un cadre privé.⁶⁵

Aggravation des effets négatifs par combinaison des droits voisins. Les mêmes exceptions jouant pour limiter les droits voisins du droit d'auteur, les mêmes critiques peuvent être faites s'agissant de ces droits, *mutatis mutandis*. Outre cela, il faut aussi observer que les titulaires de droits voisins pourraient voir l'exercice de ceux-ci paralysés par l'initiative de la SABAM. Là où les droits d'auteurs naissent de la création, les droits voisins naissent de la *circulation* des œuvres : à ce titre, ils sont logiquement plus mobilisés dès lors qu'il s'agit d'exploiter les œuvres sur les réseaux électroniques. En conséquence, un producteur disposant du droit d'exploiter une œuvre, et qui voudrait le faire lui-même ou en concéder la licence, pourrait s'en voir mécaniquement empêché par le jeu des mesures sollicitées par une société de gestion collective des droits des auteurs. Ainsi, les mesures de filtrage/blocage pourraient avoir l'effet, paradoxal, d'interdire le commerce légitime des œuvres.⁶⁶

Secret des affaires. La capacité qu'auraient les fournisseurs d'accès et d'hébergement d'analyser les informations sur lesquelles ils n'interviennent pas jusqu'ici s'accompagne en outre d'une possible violation du secret des affaires. La mise en place d'un œillette sur toutes les communications entrantes ou sortantes ou sur les données stockées ne garantit aucunement qu'il serait utilisé par ces seuls opérateurs. Existente des risques de piratage, qui permettrait à des tiers d'avoir un point de vue imprenable sur des communications de concurrents, par exemple. Ces risques ne sont pas hypothétiques mais au contraire bien réels, au point que le droit français, par exemple, en tient compte et fait peser sur les opérateurs de télécommunications une obligation d'information en cas de fuite ou de perte de

⁶³ T. Rogers & A. Szamoszegi, *Fair Use in the U.S. Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use*, CCIA, 2010 (www.ccia.net/org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000085/FairUseStudy-Sep12.pdf).

⁶⁴ "a community where users can keep in touch with and extend their social network" (extrait de son site).

⁶⁵ Cf. art. 5 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information.

⁶⁶ Etant observé que l'existence d'un système qui permettrait de distinguer selon qu'une œuvre circule sur les réseaux de manière légale ou non, hypothèse hautement improbable ainsi qu'il a été vu dans la première partie.

données personnelles.⁶⁷ Outre le secret des affaires, l'absence de garantie quant à l'intégrité du système de filtrage peut faciliter la violation de la « vie privée d'une entreprise »,⁶⁸ ou d'une personne physique.

Vie privée et données personnelles. Le traitement d'informations échangées entre personnes est susceptible d'attenter à leur vie privée, ou au respect des données personnelles. La place grandissante prise par les outils de communication électronique – e-mail, messagerie instantanée, téléphonie par internet... – multiplie les cas d'immixtion dans les correspondances privées par l'instauration de système de filtrage ou de blocage.

Si la CJUE venait à ouvrir l'ère de l'analyse systématique des communications échangées par internet, cela aurait des implications politiques. Les internautes qui savent qu'aux points nodaux des réseaux existent des systèmes d'analyse pourraient choisir de limiter leurs échanges, ou se sentir tenus de le faire.⁶⁹

Que l'on glisse ainsi de la question du respect des droits de propriété intellectuelle aux effets qu'auraient des mesures de filtrage ou de blocage pour l'expression d'idées est d'autant plus naturel que les œuvres de l'esprit peuvent aussi être des véhicules du débat démocratique.

Conclusion

En 1942, Paul Eluard faisait paraître son fameux poème *Liberté*, dont les avions britanniques parachutèrent des milliers de copies au-dessus du territoire français, dans l'espoir d'animer ou raviver la flamme des résistants français. S'il fallait aujourd'hui faire circuler ainsi massivement une œuvre dans le même noble dessein, dans le cyberspace cette fois, elle pourrait être bloquée par l'effet, aveugle ou recherchée, de mesures techniques de contrôle. Cette seule raison justifie que les juges, gardiens des libertés, ne les ordonnent pas.

La mise en place de mécanismes de filtrage et de blocage telles que celles qui viennent d'être envisagées est sujette à de multiples critiques tenant à leur portée – *in abstracto*, sans limitation de durée –, à leurs modalités – aux frais des prestataires de fourniture d'accès à internet ou d'hébergement –, et à l'ampleur des personnes susceptibles d'être visées – tous les intermédiaires dont les services sont utilisés en ligne, et en cascade tous leurs utilisateurs. Les mesures demandées sont si générales qu'elles entreraient en conflit avec de nombreuses autres règles de droit, voire mettraient en péril certains droits fondamentaux.

La solution, souhaitable, de leur rejet par la CJUE, ne réglerait toutefois pas le problème que soulève la SABAM : la nécessaire protection des droits des auteurs. Si la réponse qu'elle propose est très critiquable, la question posée reste bonne : comment lutter contre la multiplication des violations du droit d'auteur en ligne ? Au cours de la brève histoire d'internet, les titulaires de droit de propriété intellectuelle ont déjà fait face à un phénomène massif d'atteinte : l'enregistrement frauduleux de noms de domaine correspondant à leurs marques. En réponse au *cybersquatting*, une procédure de règlement des litiges

⁶⁷ Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, art. 39.

⁶⁸ Sur la notion, H. Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, LGDJ, 2011.

⁶⁹ En ce sens J. Cohen, *Examined Lives: Information Privacy and the Subject as Object*, *Stanford Law Review*, 2000, Vol. 52, p. 1426 : "pervasive monitoring of every first move or false start will, at the margin, incline choices toward the bland and the mainstream. [We will lose] the expression of eccentric individuality."

en ligne a été créée, permettant d'obtenir la sanction d'abus, rapidement, à moindre coût, et sans considération de frontières. Cette procédure, connue sous son sigle UDRP,⁷⁰ est en vigueur depuis fin 1999 et a été adoptée par les titulaires de droits. En témoigne le nombre de décisions rendues en application de ces règles : plus de 30.000.⁷¹

Face à la massification d'atteintes, on peut imaginer la construction d'un système de règlement des litiges approprié⁷² qui permettrait de faire baisser les coûts de la lutte contre celles-ci, plutôt que de préconiser des mécanismes de filtrage et blocage automatiques et généralisés, aux nombreux effets négatifs et dont on ne sait même pas s'ils sont disponibles. L'occasion de rappeler que la directive commerce électronique encourage « *l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par les voies électroniques* »... et qu'aucune solution de ce type n'a encore été proposée ni débattue par tous les acteurs concernés.⁷³

⁷⁰ *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*.

⁷¹ Selon le dénombrement de D. Simon, *An Empirical Analysis of Fair Use Decisions under the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, Boston College Law Review, 2012, Vol. 53, n° 1 (à la note n° 60). Selon A. Nappey, expert au centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, des sources internes donnent les chiffres suivants : 36443 procédures engagées au 8 août 2011, et 28270 décisions rendues (communication personnelle avec l'auteur, 11 oct. 2011).

⁷² Pour une proposition d'adaptation des règles UDRP en la matière : M. Lemley et A. Reese, *A Quick and Inexpensive System for Resolving Peer-to-Peer Copyright Disputes*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 2005, Vol. 23, n° 1, pp 1-20.

⁷³ Cons. n° 51.