

Filtrage de l'Internet et blocage du Web par les FAI : une loi spécifique est nécessaire

Dans l'affaire Sabam, l'avocat général de la Cour de justice européenne se prononce sur le filtrage des réseaux en Belgique, et dénonce l'absence de loi spécifique. Ses conclusions renforcent les récentes propositions des députés français Corinne Erhel et Laure de La Raudière.

Par Winston Maxwell*, avocat associé, Hogan Lovells



Quel est le rôle des intermédiaires techniques dans la lutte contre la circulation des contenus illicites ? Cette question épineuse ne cesse d'interpeller les tribunaux (1), le législateur français (2), la Commission européenne (elle a publié le 24 mai sa stratégie en matière de droits d'auteur (3)), le Conseil de l'Union européenne (4) et l'OCDE (5). La protection de la propriété intellectuelle est un sous-ensemble de cette vaste question.

Affaire Sabam : les FAI obligés de filtrer ?

Le rôle des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) dans la protection de la propriété intellectuelle – coopération que la Commission européenne vient d'appeler de ses vœux (6) – est particulièrement controversé, notamment en France qui a pourtant pris les devants avec la création de l'Hadopi.

Le concours des FAI dans la lutte contre la contrefaçon est possible à deux niveaux. Premièrement, le FAI peut donner le nom de l'abonné qui correspond à une adresse IP, et donc aider à trouver le nom de l'auteur de l'infraction, même si l'abonné ne sera pas toujours la personne qui a commis l'infraction. Deuxièmement, le FAI peut empêcher l'infraction d'avoir lieu, en bloquant le contenu illicite au niveau du réseau. Des blocages de contenus sont fréquents en matière de spams, de virus informatiques et d'attaques déni de services. Certains outils de contrôle parental bloquent également l'accès à des contenus pornographiques, à la demande des abonnés.

En Belgique, la Société des auteurs et compositeurs belges (Sabam) a demandé au tribunal d'ordonner la mise en place d'un système de filtrage par Scarlet, FAI aujourd'hui filiale de Belgacom. Le système de filtrage s'appuyait sur les mêmes principes que ceux mis en place par les plateformes de partage de vidéo telles que Dailymotion et YouTube, à savoir un système d'empreintes qui compare le contenu avec une base de données d'empreintes d'œuvres protégées. En cas de correspondance positive, le système bloque la

transmission ou bien dirige l'internaute vers un site web où le contenu est disponible légalement. Après avoir ordonné une expertise technique, le magistrat belge a ordonné à Scarlet de mettre en œuvre ces mesures de filtrage. Scarlet a fait appel, et la Cour d'appel de Bruxelles a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Le 14 avril 2011, l'avocat général a rendu son avis à la Cour. Même si les conclusions de l'avocat général ne s'imposent pas à la Cour, cet avis est riche d'enseignements. La question posée à la Cour est de savoir s'il est possible pour un juge d'ordonner une mesure de filtrage généralisée qui n'est pas liée à un contenu ou une infraction déterminée, mais vise plutôt un ensemble d'infractions potentielles, non encore commises, par l'ensemble des abonnés d'un FAI. Cette question du filtrage préventif est beaucoup plus complexe que celle du filtrage ponctuel pour bloquer l'accès à un contenu prédéterminé (7).

L'analyse s'effectue en deux étapes :

1°) Est-ce que la mesure crée une restriction d'un droit fondamental ?

2°) Si la réponse est oui, est-ce que la mesure remplit les trois critères imposés par la jurisprudence pour permettre une telle restriction ?

L'avocat général commence donc par évaluer l'impact de la mesure de filtrage sur les droits fondamentaux. Il conclut que le système crée un risque par rapport à la protection des données personnelles, parce que le système s'appuie sur une analyse des adresses IP des internautes. Et selon lui, l'adresse IP est une donnée personnelle.

Filtrage général sous contrôle du juge ?

L'avocat général cite également le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression comme droits fondamentaux potentiellement impactés par la mesure. Il examine ensuite les conditions dans lesquelles ces droits fondamentaux peuvent faire l'objet d'une limitation. Les conditions sont au nombre de trois : la limitation doit être prévue de manière précise par la loi ; la mesure doit viser la protection d'un intérêt légitime ; et la mesure doit respecter le principe de

Notes

(1) - Voir notamment la décision anglaise du 20 avril 2011 dans l'affaire « TalkTalk ».

(2) - Assemblée nationale, rapport d'information n° 3336 sur la neutralité d'Internet.

(3) - Communication IP/11/630 du 24 mai 2011. Voir aussi: Memorandum of Understanding du 4 mai 2011 sur la lutte contre la vente de produits contrefaits via Internet, et rapport de la Commission européenne du 22 décembre 2010 sur l'application de la directive 2004/48/CE.

(4) - Présentation non officielle sur la création d'une « cyberspace européenne sécurisée », 17 février 2011.

(5) - Voir les documents présentés lors du colloque OCDE sur les intermédiaires de l'Internet, 16 juin 2010.

proportionnalité. En règle générale, c'est le test de proportionnalité qui pose difficulté. Il faut démontrer que la mesure proposée est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif recherché, et qu'elle est entourée de suffisamment de protections pour minimiser l'impact sur les autres droits fondamentaux.

Pour une procédure judiciaire unique

L'avocat général indique qu'il a certains doutes sur la proportionnalité de la mesure envisagée, dans la mesure où celle-ci affecte l'ensemble des internautes et non seulement les internautes soupçonnés d'avoir commis des actes de contrefaçon. Cependant, il estime que la Cour n'a même pas besoin d'examiner le troisième test car le premier test fait défaut. Selon l'avocat général, la Belgique n'a pas adopté une loi spécifique qui permettrait un filtrage généralisé de ce type. Or l'adoption d'une loi débattue devant le parlement est la première garantie des libertés dans une société démocratique. En Belgique, il existe une loi autorisant le magistrat à ordonner toute mesure pour mettre fin notamment à des actes de contrefaçon, mais selon l'avocat général cette loi n'est pas suffisamment précise pour permettre la mise en place d'une mesure préventive qui impacterait potentiellement l'ensemble des internautes belges. En ce qui concerne le deuxième test, la poursuite d'un intérêt légitime, l'avocat général rappelle la jurisprudence « Promusicae » (8) : la protection du droit d'auteur est également un droit fondamental et sa poursuite est légitime. Ce test serait facilement rempli.

Quel lien avec la Net neutralité ? L'avis de l'avocat général rappelle que les mesures obligatoires de filtrage ne sont pas impossibles à mettre en œuvre juridiquement, mais qu'elles doivent s'accompagner de précautions, la première étant l'existence d'un cadre législatif clair. C'est précisément la conclusion des députés françaises Corinne Erhel et Laure de La Raudière dans leur rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux, déposé le 13 avril 2011 à l'Assemblée Nationale (9).

Dans ce rapport, les députés plaident pour un cadre législatif unique pour toute mesure de filtrage obligatoire, avec un recours systématique au juge : « *Les fournisseurs d'accès à Internet ne devraient pouvoir être obligés de bloquer des communications électroniques, sauf pour des motifs de sécurité, qu'à l'issue d'une procédure unique permettant à l'autorité judiciaire d'ordonner l'arrêt de l'accès à un contenu, un service ou une application* » (10). Selon le rapport d'information, l'émission de procédures spécifiques (LCEN, Arjel, Lopsi II) est source de confusion.

L'établissement d'une procédure unique permettrait d'assurer la cohérence des décisions législatives et de « consolider » les débats sur le blocage en les ancrant clairement dans un article de code (11). Le rapport souligne surtout l'importance de l'intervention du législateur pour instaurer un cadre équilibré pour le filtrage. Ainsi, le rapport converge avec l'avis de l'avocat général dans l'affaire « Sabam » : sur un sujet aussi sensible, une loi claire est indispensable. Le rapport d'information souligne également la nécessité d'effectuer une étude d'impact avant d'envisager toute mesure de filtrage. Les députés soulignent les effets pervers qui peuvent se produire en cas de mise en place généralisée de filtrage, tels que le basculement par un grand nombre d'utilisateurs vers des techniques de cryptage. De tels effets doivent être étudiés en amont.

Une étude d'impact a été justement effectuée avant l'adoption du « Digital Economy Act » au Royaume-Uni. Cette loi anglaise oblige les FAI anglais à collaborer dans la lutte contre la contrefaçon, notamment en envoyant des messages d'avertissement aux internautes suspectés de contrefaçon. Deux FAI – TalkTalk et BT – ont contesté la légalité de la loi devant la Haute Cour (*High Court of Justice*), estimant notamment que ses dispositions ne respectaient pas le principe de proportionnalité. Le tribunal a rendu sa décision le 20 avril 2011 (12) déboutant les demandeurs de la quasi-totalité de leurs demandes. Sur le sujet-clé de la proportionnalité, le tribunal estime que le Parlement britannique avait effectué un équilibre raisonnable entre les divers droits en présence (données personnelles, liberté d'expression, droit d'auteur) sur la base d'une étude d'impact, et qu'en l'absence d'une erreur manifeste, cet équilibre ne devait pas être remis en cause par le tribunal.

Affaire TalkTalk : la loi anglaise confirmée

Le tribunal anglais a souligné la complexité du sujet et la différence des points de vue, notamment sur l'efficacité des notifications devant être envoyées aux internautes et l'impact réel du téléchargement illicite sur la vente des disques, etc. Mais le tribunal a conclu que le Parlement disposait d'une marge d'appréciation sur le poids à accorder aux différents points de vues, et que le tribunal ne devait pas remettre en cause ces appréciations. @

* Winston Maxwell et Nicolas Curien (membre de l'Arcep) sont coauteurs de « *La neutralité d'Internet* », aux éditions La Découverte (collection Repères).

Notes

(6) - Dans la communication de la Commission européenne intitulée « *Vers un marché unique pour les droits de propriété intellectuelle* ».

(7) - Par exemple, les mesures de filtrage ordonnées dans l'affaire AAARGH!, Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2006.

(8) - Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-275/06.

(9) - Assemblée nationale, rapport d'information N°3336 déposé le 13 avril 2011 par la commission des Affaires économiques sur la neutralité de l'Internet et des réseaux.

(10) - Laure de La Raudière a indiqué à *Edition Multimédi@* qu'elle déposera « *en septembre 2011* » une proposition de loi sur la neutralité d'Internet, incluant notamment cette procédure unique devant le juge pour obliger les FAI à filtrer et bloquer des sites web (lire EM@34, p. 3).

(11) - Rapport d'information, p. 76.

(12) - High Court of Justice, decision du 20 avril 2011, [2011] EWHC 1021 (Admin).