

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Note d'observations sous C.J.U.E. (5e ch.), 17 juin 2021, C-597/19

Knockaert, Manon

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2022

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Knockaert, M 2022, 'Note d'observations sous C.J.U.E. (5e ch.), 17 juin 2021, C-597/19', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, no. 84, pp. 69-85.

General rights

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

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

Take down policy

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

Note d'observations¹

I. CONTEXTE

Depuis plusieurs années, le numérique interroge le droit d'auteur et, plus particulièrement, le droit de communication au public. Si la Cour de justice de l'Union européenne s'est déjà prononcée sur la diffusion d'œuvres protégées notamment dans un café-restaurant², dans un centre de rééducation³ ou encore dans des hôtels⁴, elle s'intéresse, avec l'affaire *Mircom*, aux plateformes de partage en ligne.

L'arrêt *Mircom*, rendu le 17 juin 2021⁵, est l'occasion pour la Cour de préciser son interprétation communautaire au sujet d'une des prérogatives du titulaire de droit d'auteur: le droit de communication au public. En effet, le *peer-to-peer* a permis en l'espèce de rendre accessibles au sein de l'Union européenne des films pour adultes nord-américains.

La technologie du *peer-to-peer*, qui repose sur le protocole du *BitTorrent*, permet la fragmentation d'un fichier (contenant potentiellement une œuvre protégée) en différentes parties («*torrents*») qui sont ensuite mises à la disposition de l'ensemble des utilisateurs via une plateforme. La plateforme de partage des contenus *peer-to-peer* crée ainsi une masse de fichiers, téléchargeables par un nombre indéterminé d'internautes, sans qu'il ne soit possible d'identifier précisément les personnes à l'origine de la mise à disposition des différentes parties

de l'œuvre protégée. Cette masse critique, qui est au cœur même du fonctionnement de la technologie *peer-to-peer*, est rendue possible par le simple fait que, lorsqu'un internaute télécharge différents segments, il devient lui-même automatiquement un maillon de la chaîne de diffusion⁶.

L'objet de la présente contribution est de commenter les différents enseignements de la nouvelle décision de la Cour de justice quant à la portée de la notion de communication au public. Après un bref résumé des faits pertinents, la première partie de nos développements s'attache à rappeler les différentes questions que pose le partage en ligne pour le droit de communication au public. La deuxième partie se concentre sur les questions préjudicielles posées, à savoir l'éventuelle nécessité d'un seuil minimal de téléchargement et de la conscience de participer à une chaîne de transmission illicite. La troisième partie se penche sur la place réservée par la Cour à la problématique du «*troll* du droit d'auteur». Enfin, nous confronterons la réglementation encadrant les traitements de données à caractère personnel, la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le droit d'auteur.

II. RÉSUMÉ DES FAITS PERTINENTS

L'affaire portée devant la Cour de justice de l'Union européenne concerne le partage, sur un réseau *peer-to-peer* à l'aide du protocole *BitTorrent*, de films à caractère pornographique appartenant au catalogue de la société

¹ Manon Knockaert est chercheuse sénior au CRIDS/NaDI.

² C.J.U.E., 14 juillet 2015, arrêt *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*, aff. C-151/15.

³ C.J.U.E., 31 mai 2016, arrêt *Reha Training*, aff. C-117/15.

⁴ C.J.U.E., 16 février 2017, arrêt *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH*, aff. C-641/15.

⁵ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19.

⁶ Sur la technologie *peer-to-peer*, voy. concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 37 et s.

chypriote *Mircom*, recherchant activement les atteintes aux droits d'auteur pour en poursuivre les contrevenants⁷.

Grâce à l'intervention d'une entreprise allemande, *Mircom* a eu connaissance des adresses IP utilisées dans le réseau de partage, renvoyant à des clients de *Telenet*, fournisseur d'accès à Internet belge⁸. *Mircom* s'adresse alors à la société belge pour obtenir les informations d'identification des internautes concernés, requête à laquelle *Telenet* répondra défavorablement⁹.

Le 6 juin 2019, *Mircom* saisit le tribunal de l'entreprise d'Anvers afin d'ordonner au fournisseur d'accès à Internet la communication des informations nécessaires à l'identification des contrevenants. En appui de son refus, *Telenet* soutient notamment que les fichiers partagés entre les internautes ne peuvent valablement pas être considérés comme des fragments d'une œuvre protégée puisqu'il s'agit de fichiers cryptés, inutilisables à eux seuls¹⁰.

Le tribunal décide de sursoir à statuer et pose plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. La première interrogation porte sur la notion même de « communication au public » qui pourrait être déterminée par le caractère utilisable de l'élément téléchargé et mis à disposition. La juridiction anversoise s'interroge également sur la possibilité, pour la société *Mircom*, de bénéficier des droits conférés par la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹¹. En effet, *Mircom* n'exploite pas véri-

tablement les droits de propriété intellectuelle qui lui reviennent mais son modèle économique est fondé exclusivement sur un objectif de réclamation d'une indemnité forfaitaire en cas de contrefaçon¹².

III. LA COMMUNICATION AU PUBLIC ET LE PEER-TO-PEER : OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Considérations générales

Sans définir la notion de « communication au public », l'article 3, paragraphe 1 et le considérant 23 de la directive 2001/29¹³ prévoient, pour les auteurs, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire tout acte de communication à un public non présent au lieu d'origine de la communication initiale de leurs œuvres. Il s'agit d'un droit de nature préventive permettant aux titulaires de droit d'auteur d'empêcher, s'ils le souhaitent, le partage de leurs créations à d'autres utilisateurs¹⁴.

Le considérant 27 de la directive 2001/29 précise que la simple fourniture d'installations destinées à effectuer une communication ne constitue pas en soi un acte de communication au public soumis à l'autorisation préalable des titulaires de droit d'auteurs. Par son arrêt *Stichting Brein c. Filmspelers*¹⁵ et dans la droite ligne de sa jurisprudence *Svensson*¹⁶,

⁷ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 29.

⁸ *Ibid.*, point 30.

⁹ *Ibid.*, points 31-34.

¹⁰ *Ibid.*, point 33.

¹¹ Directive (CE) 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, J.O., L 157 (ci-après « directive 2004/48 »).

¹² C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 37.

¹³ Directive (CE) 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O., L 167 (ci-après « directive 2001/29 »).

¹⁴ C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15, point 20.

¹⁵ C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Filmspelers*, aff. C-527/15.

¹⁶ C.J.U.E., 13 février 2014, arrêt *Svensson c. Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12.

*BestWater*¹⁷ et *GS Media*¹⁸, la Cour de justice a décidé que la vente d'un lecteur multimédia contenant des modules composés d'hyperliens vers des sites Internet diffusant illicitement du contenu protégé constituait un acte de communication au public et ce, sans tenir compte de l'utilisation effective de ces modules¹⁹. Reprenant les critères de l'arrêt *GS Media*, en particulier l'action délibérée et le caractère lucratif de la communication, la Cour a rejeté l'argument de la simple fourniture d'installations physiques destinée à permettre ou à réaliser une communication²⁰.

Notion autonome du droit communautaire, le « droit de communication » a suscité de nombreux arrêts de la Cour luxembourgeoise. Devant être interprétée largement afin d'assurer un niveau élevé de protection des auteurs, il est de jurisprudence constante²¹ que la communication au public implique (1) l'existence d'une « transmission » d'une œuvre protégée, sans considération du procédé technique utilisé²²; (2) à un « public », à savoir un nombre indéterminé et assez important de personnes²³; (3) « nouveau », c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par le

titulaire des droits d'auteur lors de la communication initiale, ou réalisé par des moyens techniques différents²⁴. Si une grille de lecture est ainsi mise en place par la Cour, elle insiste toutefois sur la nécessité d'une approche individualisée.

B. La communication au public et la technologie de partage de contenu peer-to-peer: un précédent

En 2017, la Cour de justice avait déjà été confrontée à la technologie *peer-to-peer* et les enjeux qu'elle soulève pour le droit d'auteur. Faisant écho à sa décision *Stichting Brein c. Filmspeler*²⁵, la Cour de justice avait considéré, dans l'arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV*²⁶, que la mise à disposition et la gestion d'une plateforme de partage en ligne de contenus illicites était un acte de communication au public condamnable²⁷.

En l'espèce, un nombre conséquent d'abonnés de deux fournisseurs d'accès à Internet avaient recours à une plateforme de partage en ligne, utilisant également la technologie *BitTorrent*. La plateforme en ligne permettait ainsi le partage d'œuvres protégées par le droit d'auteur sous la forme d'échanges de fichiers *torrents* entre les internautes et ce, sans autorisation préalable des titulaires de droit d'auteur²⁸.

La première question adressée à la Cour dans l'affaire *Stichting Brein c. Ziggo BV* était donc de déterminer si la notion de communication au public recouvrait « la mise à disposition et la gestion, sur Internet, d'une plateforme de partage qui, par l'indexation de métadonnées relative à des œuvres protégées et la fourni-

¹⁷ C.J.U.E., 21 octobre 2014, ord. *BestWater International GmbH c. Michael Mebes et Stefan Potsch*, aff. C-348/13.

¹⁸ C.J.U.E., 8 septembre 2016, arrêt *GS Media c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. et Britt Geertruida Dekker*, aff. C-160/18.

¹⁹ C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Filmspeler*, aff. C-527/15, points 52 et 36.

²⁰ *Ibid.*, points 39 et s. La partie défenderesse a également soulevé l'argument de l'exception de reproduction temporaire. Sur ce point, voy. les points 70 à 72 de l'arrêt.

²¹ En particulier: C.J.U.E., 4 octobre 2011, arrêt *Football Association Premier League*, aff. C-403/08; C-249/08; C.J.U.E., 7 mars 2013, arrêt *ITV Broadcasting*, aff. C-607/11; C.J.C.E., 7 décembre 2006, arrêt *SGAE*, aff. C-306/05; C.J.U.E., 14 juillet 2015, arrêt *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*, aff. C-151/15.

²² C.J.U.E., 14 juillet 2015, arrêt *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*, aff. C-151/15.

²³ Voy. notamment C.J.U.E., 31 mai 2016, arrêt *Reha Training c. GVL*, aff. C-117/15.

²⁴ Voy. notamment C.J.C.E., 7 décembre 2006, arrêt *SGAE*, aff. C-306/05.

²⁵ C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Filmspeler*, aff. C-527/15.

²⁶ C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, points 8 et s.

ture d'un moteur de recherche, permet aux utilisateurs de cette plateforme de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau pair à pair (*peer-to-peer*)»²⁹.

Forte de la nécessité d'une appréciation au «cas par cas», la Cour de justice a répété à plusieurs reprises l'importance de prendre en compte tous les éléments de l'espèce et leurs interactions éventuelles en précisant qu'«il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable»³⁰.

La Cour reconnaît *in casu* un acte de communication au public dans le chef de la plateforme en ligne, la notion de «communication» recouvrant également la simple mise à disposition d'un contenu protégé par le droit d'auteur, de telle sorte que chaque internaute puisse y avoir accès de l'endroit et au moment choisi. La Cour considère que la simple possibilité suffit, quand bien même aucun internaute ne l'exercerait effectivement³¹.

Deuxième élément constitutif de la notion de communication au public visée à l'article 3 de la directive 2001/29, il convient d'analyser si cette transmission a été effectuée par un moyen technique différent de celui de la communication initiale autorisée par le titulaire de droit d'auteur ou a été adressée à un

nouveau public³². Notons que l'absence d'autorisation préalable du titulaire de droit d'auteur pour la communication initiale conduit à considérer comme s'adressant à un public nouveau toute communication subséquente du même contenu³³.

La Cour soulignera d'ailleurs que: «d'une part, que les administrateurs de la plateforme de partage en ligne TPB ont été informés que cette plateforme, qu'ils mettent à la disposition des utilisateurs et qu'ils gèrent, donne accès à des œuvres publiées sans l'autorisation des titulaires de droits et, d'autre part, que les mêmes administrateurs manifestent expressément, sur les blogs et les forums disponibles sur ladite plateforme, leur objectif de mettre des œuvres protégées à la disposition des utilisateurs, et incitent ces derniers à réaliser des copies de ces œuvres. En tout état de cause, il ressort de la décision de renvoi que les administrateurs de la plateforme en ligne TPB ne pouvaient ignorer que cette plateforme donne accès à des œuvres publiées sans l'autorisation des titulaires de droits, eu égard à la circonstance, expressément soulignée par la juridiction de renvoi, qu'une très grande partie des fichiers torrents figurant sur la plateforme de partage en ligne TPB renvoie à des œuvres publiées sans l'autorisation des titulaires de droits. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer qu'il y a communication à un "public nouveau"»³⁴.

L'argument de la simple aide technique est une fois de plus rejeté par la Cour. En effet, procédant à l'indexation des fichiers *torrents*, à la classification, au filtrage et à la suppression des contenus, les gestionnaires de la plateforme prennent une part active dans l'échange

²⁹ *Ibid.*, point 18.

³⁰ *Ibid.*, point 25; C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Filmspeler*, aff. C-527/15, point 30.

³¹ C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15, point 31; C.J.U.E., 26 avril 2017, arrêt *Stichting Brein c. Filmspeler*, aff. C-527/15, point 36.

³² C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15, point 28.

³³ *Ibid.*, point 45.

³⁴ *Ibid.*, point 45.

des fichiers et la communication au public de ceux-ci³⁵.

IV. LA NOTION DE COMMUNICATION AU PUBLIC À NOUVEAU À L'EXAMEN DE LA COUR DE JUSTICE: L'ARRÊT *MIRCOM*

S'il s'agit à nouveau d'une affaire relative à une plateforme de partage en ligne, les questions préjudicielles du tribunal anversois amènent la Cour de justice à se pencher sur d'autres caractéristiques du téléchargement en *peer-to-peer*.

Premièrement, il convient de déterminer si la notion de communication au public dépend du caractère utilisable ou non du fichier partagé. L'analyse se concentre sur le caractère inutilisable de chacun des segments partagés par les internautes pris isolément.

Deuxièmement, la Cour est interrogée sur l'éventuelle nécessité d'un seuil minimal de fichiers téléchargés, afin de rendre une partie du contenu d'une œuvre utilisable, pour constituer une communication au public.

Troisièmement et enfin, l'arrêt commenté permet de revenir sur le caractère automatique, par défaut, de la transmission des segments entre internautes³⁶. Autrement formulé, l'élément central porte sur le point de savoir si la notion de communication au public est accompagnée d'une exigence de conscience du repartage automatique des fichiers téléchargés dans le chef des internautes³⁷.

A. Mise à disposition et seuil minimal

Le refus de la société belge *Telenet* de communiquer à *Mircom* les informations d'identification correspondantes aux adresses IP de ses utilisateurs est motivé par l'absence, selon elle, d'actes de communication au public dans le cas d'espèce. *Mircom* considère que les segments de fichiers téléversés par les internautes ne sont pas des œuvres en tant que telles et sont, de surcroît, inutilisables en deçà d'un certain nombre de segments téléchargés³⁸.

Ainsi que l'observe l'avocat général, M. Maciej Szpunar, les segments partagés entre les internautes ne sont pas une fragmentation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Ils sont, en réalité, un moyen de transmission de parties de fichiers contenant les œuvres des sociétés américaines et canadiennes³⁹. Dressant pareillement ce constat, la Cour de justice précise néanmoins que «le fait que les segments qui sont transmis sont inutilisables en eux-mêmes est sans importance, car ce qui est mis à disposition est le fichier contenant l'œuvre, c'est-à-dire l'œuvre sous forme numérique»⁴⁰.

D'après l'avocat général, si la communication au public est à comprendre comme tout acte de mise à disposition d'une œuvre à un public de telle sorte que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment choisi sans néces-

utilisateurs (...) les utilisateurs ordinaires des réseaux *peer-to-peer* ne feraient que fournir des installations permettant la réalisation de cette communication au public»; voy. concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 35.

³⁸ *Ibid.*, point 35.

³⁹ *Ibid.*, point 48.

⁴⁰ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 43. L'imputabilité de la mise à disposition du public dans le chef des utilisateurs est ainsi établie, malgré l'intervention également des fournisseurs d'accès à Internet et des fournisseurs de la technologie *peer-to-peer* et du logiciel *Bit-Torrent*; L. BODSON, «Partage de fichiers sur Internet», *A&M*, 2005/4, p. 279.

³⁵ *Ibid.*, point 38.

³⁶ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 37.

³⁷ Comme le souligne l'avocat général dans ses conclusions: «ces parties soutiennent que les segments de fichiers contenant les œuvres en question éventuellement téléversés (14) par ces utilisateurs sont inutilisables en eux-mêmes et trop petits pour être assimilés, en tout cas en deçà d'un certain seuil, à une œuvre ou même à une partie de celle-ci. Par ailleurs, ces utilisateurs seraient souvent inconscients du fait que, en téléchargeant les œuvres sur lesdits réseaux, celles-ci sont simultanément téléversées à d'autres

sité que cette possibilité soit effectivement exercée, alors la simple existence d'une possibilité de transmission suffit, quand bien même aucune transmission n'aurait effectivement lieu⁴¹.

La Cour de justice adopte également un tel raisonnement en excluant toute condition de seuil minimal de segments devant être téléchargés, permettant la lisibilité des fichiers contenant une œuvre protégée⁴². La Cour, relevant les enseignements de ses arrêts *Renckhoff*⁴³ et *VCAST*⁴⁴, souligne que: «Pour qu'il y ait un "acte de communication" et, par conséquent, un acte de mise à disposition, il suffit, en fin de compte, qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de telle sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès, de l'endroit et au moment qu'elles choisissent individuellement, sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité. La notion d'"acte de communication" vise, à cet égard, toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé»⁴⁵.

En conclusion, la Cour décide qu'un seuil minimal de téléchargement de segments n'est pas requis. Dès lors, est sans incidence, dans le chef de l'internaute, de ne pas avoir téléchargé un nombre suffisamment important de fragments lui permettant effectivement de pouvoir reconstituer un fichier et rendre ainsi lisible et exploitable une œuvre protégée⁴⁶.

B. Mise à disposition et conscience de participer à une chaîne de transmission

La seconde question préjudicielle posée porte sur la détermination de l'éventuelle incidence du caractère automatique de la retransmission de segments en raison de la configuration par défaut du logiciel *BitTorrent*, qui se fait donc potentiellement à l'insu de l'utilisateur.

Dans ses conclusions, l'avocat général attire l'attention sur le fait que les logiciels *peer-to-peer* ne sont pas des outils standards, présents par défaut sur les ordinateurs. En conséquence, un certain rôle actif est nécessairement joué par l'internaute lors du téléchargement de ce type de logiciel sur son équipement. De plus, il apparaît que l'installation de ces logiciels nécessite une certaine expertise, celle-ci pouvant toutefois s'acquérir assez facilement par des recherches Internet. L'avocat général est sensible au fait que les tutoriels en ligne informent expressément l'internaute que, par défaut, le logiciel *peer-to-peer* implique un téléversement à son tour, avec la possibilité de désactiver cette fonctionnalité⁴⁷. Une prétendue inconscience des internautes ne le convainc dès lors pas.

Cependant, dans l'arrêt *Stichting Brein*⁴⁸, la Cour de justice avait tenu compte du caractère délibéré ou non de l'action de l'utilisateur pour constater la violation du droit de communication au public. Les faits de l'espèce se distinguent néanmoins de ceux ayant mené à l'arrêt *Stichting Brein*. Dans cette dernière affaire, était à l'étude l'éventuelle responsabilité des administrateurs d'un site d'indexation de fichiers dans un réseau *peer-to-peer* et qui, en conséquence, n'étaient pas à l'origine de la communication. Il était alors nécessaire

⁴¹ *Ibid.*, points 41 et 46.

⁴² *Ibid.*, point 46.

⁴³ C.J.U.E., 7 août 2018, arrêt *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, C-161/17.

⁴⁴ C.J.U.E., 29 novembre 2017, arrêt *VCAST Limited c. RTI SpA*, C-265/16.

⁴⁵ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 47.

⁴⁶ *Ibid.*, point 49.

⁴⁷ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 55.

⁴⁸ C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV*, aff. C-610/15, point 26.

de faire la distinction entre les acteurs actifs, participant à la transmission d'une œuvre non consentie par le titulaire des droits, et les simples intermédiaires passifs ou des fournisseurs d'installations techniques⁴⁹.

Il en est autrement dans une situation telle que celle observée dans l'affaire *Mircom*, où les utilisateurs sont directement à l'origine de la communication en raison notamment du stockage en local des segments de fichiers sur leur terminal⁵⁰. En effet, l'article 3 de la directive 2001/29 ne fait aucune mention au caractère conscient ou inconscient du contrevenant pour déterminer d'un acte de communication au public éventuel dans son chef⁵¹.

À défaut de prendre en compte le caractère délibéré ou non de l'action des internautes, la Cour de justice est attentive à leur rôle déterminant dans la mise à disposition d'œuvres, qui s'effectue sans un consentement préalable des titulaires des droits d'auteur⁵². Elle conclut

que la communication au public ne peut dépendre du caractère conscient ou non du partage dans la technologie de *peer-to-peer*. La Cour insiste néanmoins sur l'importance d'en informer préalablement l'internaute, afin de lui permettre de consentir valablement à l'utilisation du logiciel *peer-to-peer*⁵³.

En conclusion, la Cour reconnaît un acte de mise à disposition – première composante de la notion de communication au public – dans le chef des internautes utilisant un logiciel *peer-to-peer*. Est sans conséquence la quantité téléchargée, aussi faible soit-elle, de segments de fichiers d'une œuvre. Il est, en revanche, impératif de vérifier la qualité de l'information donnée aux utilisateurs de ce type de logiciel quant au caractère automatique du téléversement⁵⁴. La Cour ne précise toutefois pas les informations minimales à porter à la connaissance de l'internaute, notamment des conséquences légales de cette fonctionnalité installée par défaut et les risques encourus par l'utilisateur.

C. La condition de public nouveau dans le partage en *peer-to-peer*

La deuxième composante de la notion de communication au public, après le critère de mise à disposition, est la communication à un public nouveau. À ce sujet, l'avocat général considère que, par définition, le partage en *peer-to-peer* vise un nombre indéterminé et assez important de destinataires potentiels⁵⁵. Il poursuit en qualifiant la communication

⁴⁹ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 58.

⁵⁰ *Ibid.*, point 61.

⁵¹ *Ibid.*, point 59: «En revanche, dans la situation où les utilisateurs concernés sont eux-mêmes à l'origine de la communication au public (mise à disposition), la connaissance de cause de ces utilisateurs n'est pas constitutive de l'acte en question. En effet, l'article 3 de la directive 2001/29 ne comporte aucune indication en ce sens. Le caractère inconscient du comportement du contrevenant peut, tout au plus, être pris en compte lors de la fixation des dommages intérêts, comme cela est expressément prévu à l'article 13, paragraphe 2, de la directive 2004/48, mais il est sans pertinence du point de vue de la licéité du comportement. Cette disposition constitue d'ailleurs une indication supplémentaire quant au fait que le caractère délibéré n'est pas, en règle générale, un élément constitutif d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle protégé par le droit de l'Union».

⁵² L'avocat général avait insisté sur ce point: «Il en est de même en ce qui concerne le caractère incontournable de l'intervention de l'utilisateur pour donner accès à l'œuvre au public. Ce critère est déterminant afin de pouvoir attribuer la communication à une personne n'étant pas à l'origine de cette communication (33). En effet, ce rôle incontournable consiste à

permettre l'accès à l'œuvre à un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été visé par la communication initiale.»; concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 60.

⁵³ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 59.

⁵⁴ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 59.

⁵⁵ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 62.

en cause comme initiale – et non pas secondaire – excluant l'examen du critère d'un public nouveau⁵⁶. La Cour ne suivra pas l'avocat général sur la qualification d'une communication initiale.

En revanche, elle souligne que la diffusion massive constitue une caractéristique principale de ce type de réseau⁵⁷. En appui de cette considération, elle observe le nombre important d'adresses IP enregistrées par la société *Mircom*⁵⁸. Le critère de transmission à un public est dès lors rempli. Ensuite, fidèle à sa jurisprudence antérieure⁵⁹ mais s'écartant des conclusions de l'avocat général⁶⁰, la Cour critique la publication et le partage des films sur Internet sans aucune autorisation préalable de la part des titulaires de droit d'auteur, entraînant *de facto* une communication à un public nouveau⁶¹.

De surcroît, la Cour insiste sur l'impératif équilibré à maintenir entre, d'une part, l'intérêt des titulaires de droit d'auteur dans l'environnement numérique et la protection de leur droit fondamental à la propriété énoncé par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux et, d'autre part, les droits des utilisateurs

d'œuvres protégées, en particulier la protection de leur liberté d'expression et d'information, garantie à l'article 11 de la Charte⁶². En conséquence, elle considère que même si les films étaient librement disponibles sur un autre site Internet, il ne peut être reproché aux titulaires de droit d'auteur de ne pas avoir accompagné cette communication initiale à une quelconque mesure technique empêchant leur téléchargement. La Cour attire l'attention sur le rôle décisif joué par les internautes utilisant le *BitTorrent* dans la mise à disposition d'une œuvre à un public qui n'était pas pris en compte par le titulaire des droits d'auteurs lorsqu'il a autorisé la communication initiale sur Internet⁶³.

V. L'ÉPIDÉMIE DU « TROLL DU DROIT D'AUTEUR » FACE À LA COUR DE JUSTICE

La troisième question préjudicielle posée par le tribunal anversois porte sur la qualification des activités réalisées par la société *Mircom*, qui n'utilise pas en tant que tels les droits d'auteurs acquis sur les films pornographiques mais se borne à poursuivre les éventuels contrevenants⁶⁴. La question cruciale est donc de déterminer si, dans ces circonstances, la société subit un préjudice. En effet, l'article 13 de la directive 2004/48⁶⁵ dispose que « les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir

⁵⁶ *Ibid.*, point 63.

⁵⁷ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 54.

⁵⁸ *Ibid.*, points 53 et 54.

⁵⁹ C.J.U.E., 14 juin 2017, arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV*, aff. C-610/15, point 45.

⁶⁰ L'avocat général avait néanmoins envisagé l'hypothèse d'une communication secondaire dans le réseau *peer-to-peer* et avait énoncé que : « En tout état de cause, même si ce critère était applicable, dans la mesure où aucun public n'a été pris en compte par les titulaires des droits d'auteur et des droits voisins lorsque les œuvres sont partagées sans l'autorisation de ces titulaires, tout public auquel est destinée la communication, en l'espèce les utilisateurs du réseau *peer-to-peer*, doit par conséquent être considéré comme nouveau » ; concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 64.

⁶¹ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 56.

⁶² *Ibid.*, point 58.

⁶³ *Ibid.*, point 57. Le fait que l'absence de mesure technique de protection ne peut être reproché aux titulaires des droits d'auteur a également fait l'objet d'une décision récente : C.J.U.E., 9 mars 2021, arrêt *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, aff. C-392/19.

⁶⁴ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 64 et 65.

⁶⁵ Directive (CE) 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.*, L 157.

de verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte».

L'avocat général appelle à la prudence face à une pratique qualifiée parfois de «*troll* du droit d'auteur»⁶⁶ en ayant recours à la théorie de l'abus de droit⁶⁷. En somme, la notion de *copyright troll* est utilisée pour désigner une personne physique ou morale qui, détentrice des droits patrimoniaux conférés par le droit d'auteur, ne les exerce pas effectivement et ne les défend pas activement, mais se limite à la demande d'indemnités forfaitaires en cas d'actes de contrefaçon. Ainsi, le recours en justice éventuellement introduit par ladite personne n'a pas vocation à préserver ses intérêts patrimoniaux mais poursuit un objectif de récupération d'un montant, le plus souvent forfaitaire et octroyé à l'amiable, pour nourrir son modèle économique⁶⁸.

L'article 4 de la même directive précise que les personnes ayant qualité pour demander réparation sont, outre les sociétés de gestion collective (article 4, c)) et les organismes de défense professionnels (article 4, d)), les titulaires des droits de propriété intellectuelle (article 4, a)) ou toute autre personne autorisée à utiliser ces droits, en particulier les détenteurs de licences (article 4, b)).

Il convient donc de déterminer si, dans l'affaire commentée, la partie lésée est la société *Mircom* en vertu de l'article 4, b)), qui, rappe-

lons-le n'exerce pas ses droits acquis, ou les réalisateurs des films eux-mêmes⁶⁹.

La Cour de justice note que le modèle économique de *Mircom* n'est pas *per se* illégal et elle n'exclut pas, par principe, de reconnaître la qualification de personne lésée à la société chypriote. En rappelant l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur⁷⁰, la Cour admet la pratique d'externalisation du recouvrement des dommages et intérêts. Elle déclare ainsi que: «En l'occurrence, la juridiction de renvoi semble considérer que *Mircom* se limite à agir, devant elle, en tant que cessionnaire, fournissant aux producteurs de films en cause un service de recouvrement de créances indemnitaires. Or, il y a lieu de considérer que le fait qu'une personne visée à l'article 4 de la directive 2004/48 se limite à introduire une telle action en tant que cessionnaire n'est pas de nature à l'exclure du bénéfice des mesures, des procédures et des réparations prévues au chapitre II de cette directive»⁷¹.

⁶⁹ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 70: «*Mircom* prétend avoir acquis des licences lui permettant de procéder à la communication au public des œuvres en cause au principal dans des réseaux *peer-to-peer*. À première vue, cette société devrait donc être considérée comme licenciée et bénéficiaire, de ce fait, des dispositions de la directive 2004/48 en vertu de l'article 4, sous b), de celle-ci. En effet, le législateur de l'Union considère les licenciés comme des personnes lésées par les activités contrefaisantes, dans la mesure où ces activités peuvent faire obstacle à l'exploitation normale des licences ou bien en diminuer les revenus».

L'avocat général a pris soin de préciser que *Mircom* ne pouvait répondre à la catégorie d'organisme de défense professionnel. En effet, *Mircom* agit pour son propre compte et n'agit pas au nom et pour le compte des réalisateurs des films et ne les représente donc pas en justice; concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 93.

⁷⁰ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 75.

⁷¹ *Ibid.*, points 73 et 74.

⁶⁶ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 5, 30, 72 et 73.

⁶⁷ *Ibid.*, points 77 et s.

⁶⁸ *Ibid.*, point 73; voy. également M. SAG, «Copyright Trolling, An Empirical Study, 100 *Iowa L. Rev.* 1105, 2015; C. FROMER JEANNE, «The New Copyright Opportunist», *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, p. 1, 2020 (disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3481306>).

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48 érige en obligation générale la prévention d'un usage abusif des mesures, des procédures et des réparations pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Il dispose que «les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif». L'usage abusif se trouverait ici dans le choix de ne pas défendre véritablement les droits d'auteur acquis mais de les utiliser pour obtenir un avantage économique⁷². L'avocat général conclut ce point en déclarant que: «La constatation d'un tel comportement abusif nécessite une appréciation factuelle, qu'il revient donc à la juridiction nationale d'effectuer. Si elle devait constater que *Mircom* tente effectivement de se prévaloir de manière abusive de son statut de licencié afin de bénéficier des mesures, des procédures et des réparations prévues dans les dispositions adoptées dans le cadre de la transposition de la directive 2004/48, cette juridiction devrait alors lui refuser le bénéfice de ces mesures, procédures et réparations, dans la mesure où ce bénéfice est fondé sur le statut de licencié»⁷³.

L'avocat général pousse l'examen un peu plus loin en analysant la relation juridique unissant la société chypriote et les sociétés canadiennes et américaines, réalisatrices des films diffusés dans le réseau *peer-to-peer*. Celui-ci appelait la Cour de justice à renvoyer à la juridiction nationale l'examen de la qualification du contrat conclu entre *Mircom* et les producteurs de films⁷⁴. À cet égard, l'avocat général s'interroge

sur la possibilité que *Mircom* soit également cessionnaire des créances que les producteurs des contenus litigieux détiendraient du fait des atteintes aux droits d'auteur. Dans une telle hypothèse, il conviendrait alors de se demander si une telle cession de créance rentre dans le champ d'application de la directive 2004/48⁷⁵ – empêchant, dans le cas contraire, la société chypriote de bénéficier de l'article 4, sous b), de cette directive. La conséquence directe serait alors que *Mircom* ne bénéficierait plus de la qualité requise pour agir et pour demander l'application des mesures, procédures et réparations aux atteintes à la propriété intellectuelle sur les films⁷⁶.

L'avocat général recommande de répondre par la négative, en indiquant que l'article 4, b), de la directive 2004/48 vise toutes les personnes autorisées à utiliser les droits de propriété intellectuelle, autres que le titulaire lui-même. En substance, il est d'avis que la notion d'utilisation des droits de propriété intellectuelle doit viser l'exercice des prérogatives exclusives reconnues au titulaire du droit d'auteur. Tel ne serait pas le cas de l'acquisition et du recouvrement des créances liées aux atteintes aux droits de reproduction et de communication au public. Selon l'avocat général, il est nécessaire de faire la distinction entre, d'une part, les personnes autorisées à exercer les prérogatives reconnues par le droit d'auteur, ayant donc un intérêt direct à leur protection, et, d'autre part, le recours au mécanisme de la réparation des dommages consacré en droit civil résultant de l'atteinte à ces prérogatives⁷⁷.

La Cour, quant à elle, profitera de l'examen de la recevabilité de la demande d'informations provenant de la société *Mircom* relative aux adresses IP identifiées pour insister sur l'import-

⁷² Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 77 et 78.

⁷³ *Ibid.*, point 81.

⁷⁴ *Ibid.*, point 82.

⁷⁵ *Ibid.*, point 83.

⁷⁶ *Ibid.*, points 82 et s.

⁷⁷ *Ibid.*, points 86 et 87.

tance de la proportionnalité et de la justification d'une telle demande⁷⁸. À cet égard, une attention particulière est portée sur le fait que la société chypriote suit toujours le même *modus operandi*. Il s'agit, en l'espèce, d'obtenir les informations d'identification des internautes, non pas pour les poursuivre en justice, mais pour obtenir à l'amiable une indemnité forfaitaire de 500 euros. Or, l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2004/48, impose que la demande d'information soit formulée dans le cadre d'une action relative à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Tant l'avocat général⁷⁹ que la Cour⁸⁰ s'accordent pour déclarer que cet argument de fait n'est pas recevable. L'article 8 a pour objectif de garantir le respect de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantissant un recours effectif devant un tribunal à toute personne dont un droit aurait été violé. Dès lors qu'il est nécessaire de pouvoir identifier les contrevenants et que l'étape d'un accord à l'amiable peut être une étape préliminaire à la poursuite d'une action en justice, la Cour refuse de déclarer *a priori* irrecevable une demande d'information lors de la phase précontentieuse⁸¹.

Encore faut-il que ladite demande soit justifiée et proportionnée⁸². L'article 8 de la directive 2004/48 invite les États membres à permettre aux autorités judiciaires de pouvoir ordonner la communication d'informations relative à l'origine et aux réseaux de distribution des

marchandises ou des services portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle au requérant. Cette disposition inclut une obligation d'information portant sur toute personne qui a été trouvée en train d'utiliser des services contrefaisants à l'échelle commerciale. Selon la Cour, la demande de *Mircom* adressée à *Telenet* correspond à cette dernière hypothèse⁸³.

Pour le reste, l'appréciation *in concreto* du caractère abusif de la demande d'information est renvoyé à la juridiction nationale. Toutefois, et fort heureusement, la Cour précise qu'il importe de prendre en compte le mode opératoire de la société chypriote, et de vérifier notamment si des actions en justice sont véritablement introduites en cas de refus de la solution à l'amiable proposée au contrevenant, et également de vérifier que *Mircom* ne cherche pas à extraire des revenus de la simple affiliation des internautes à un réseau de partage illégal⁸⁴.

En conclusion, la Cour décide qu'une société telle que *Mircom*, titulaire de certains droits de propriété intellectuelle cédés par créateurs originaires, mais qui a pour seule activité de réclamer des dommages-intérêts à des contrevenants présumés, est susceptible de bénéficier des mesures, des procédures et des réparations prévues au chapitre II de la

⁸³ *Ibid.*, points 91 et 92.

⁸⁴ *Ibid.*, point 95. La Cour de justice vise expressément «le mode opératoire de *Mircom*, en évaluant la manière dont celle-ci propose des solutions amiables aux contrevenants présumés et en vérifiant si elle introduit réellement des actions en justice en cas de refus de solution amiable. Elle pourrait également examiner s'il apparaît, au regard de l'ensemble des circonstances particulières du cas d'espèce, que *Mircom* tente en réalité, sous couvert de propositions de solutions à l'amiable en raison de prétendues contraventions, à extraire des revenus économiques de l'affiliation même des utilisateurs concernés à un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*) tel que celui en cause, sans chercher spécifiquement à combattre les atteintes au droit d'auteur que ce réseau provoque».

⁷⁸ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 85.

⁷⁹ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 113.

⁸⁰ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 80.

⁸¹ Concl. av. gén. M. Maciej Szpunar, C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 113; C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 79-84.

⁸² C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 85.

directive 2004/48. La Cour soumet toutefois cette demande à l'examen *in concreto* de ladite demande, celle-ci ne pouvant pas être abusive, injustifiée ou disproportionnée.

VI. LA POURSUITE DES CONTREVENANTS SUR LES RÉSEAUX PEER-TO-PEER ET LA PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

Si la présente contribution a pour objet d'analyser les questionnements relatifs à la propriété intellectuelle que soulève l'affaire commentée, nous nous permettons quelques lignes relatives à l'articulation entre la protection des données à caractère personnel⁸⁵, le secret des communications électroniques⁸⁶ et le droit d'auteur.

A. Le traitement de données à caractère personnel par la société allemande pour le compte de *Mircom*

Il s'agit, dans cette première relation, d'examiner le traitement de données à caractère personnel réalisé par la société allemande, agissant pour le compte de *Mircom* dans la collecte des adresses IP identifiées sur le réseau de partage en *peer-to-peer*.

Le législateur européen a fait le choix de l'approche la plus englobante possible de la notion de « donnée à caractère personnel » en la définissant comme toute information se rapportant à une personne physique identifiée

ou identifiable⁸⁷. La Cour de justice attribue aux adresses IP la qualité de « donnée à caractère personnel », en particulier quand il est possible de la rattacher à une personne physique notamment en ayant recours aux services d'un fournisseur d'accès à Internet⁸⁸.

De plus, la notion de « traitement » possède également une large acception⁸⁹. La Cour considère que l'enregistrement d'adresses IP dans le but de poursuivre ultérieurement en justice les contrevenants est un traitement de données à caractère personnel devant se conformer aux exigences du RGPD⁹⁰.

Le principe de licéité du traitement constitue la pierre angulaire de la protection des données à caractère personnel. L'article 6 du RGPD impose au responsable du traitement de trouver un fondement juridique à tout traitement de données à caractère personnel et liste six bases de licéité. À cet égard, il est possible pour un responsable de traitement du secteur privé d'invoquer la nécessité du traitement des données à caractère personnel pour la poursuite de ses intérêts légitimes, pour autant que les intérêts ou les droits fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas sur les intérêts du responsable du traitement⁹¹.

La Cour relève donc trois conditions cumulatives devant être remplies pour garantir la licéité du traitement. Premièrement, il faut un intérêt qui soit considéré comme légitime dans le chef du responsable du traitement. Deuxièmement, il est impératif d'effectuer l'examen

⁸⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.*, L 119 (ci-après « RGPD »).

⁸⁶ Directive (CE) 2002/58 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.*, L 201 (ci-après « directive 2002/58 »).

⁸⁷ Article 4.1 du RGPD.

⁸⁸ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 102. Le Règlement général sur la protection des données mentionne expressément l'exemple de l'identification en ligne comme élément permettant d'identifier directement ou indirectement une personne (art. 4. 1), du RGPD).

⁸⁹ Article 4.2 du RGPD.

⁹⁰ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 103 et 104.

⁹¹ Article 6.1 sous f), du RGPD.

de la nécessité du traitement des données à caractère personnel. Troisièmement et enfin, la balance des intérêts ne doit pas pencher en faveur de la protection des droits fondamentaux des personnes concernées, en l'occurrence les internautes dont les adresses IP sont relevées⁹².

Sur la première question, la Cour reconnaît le caractère légitime pour *Mircom* d'obtenir des données à caractère personnel relatives à une personne soupçonnée d'avoir porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle afin de l'assigner en justice⁹³.

La Cour considère également que le critère de nécessité est rempli en indiquant que « l'identification du détenteur de la connexion n'est souvent possible que sur la base de l'adresse IP et des informations fournies par le fournisseur d'accès à Internet »⁹⁴.

Afin de réaliser la balance des intérêts en cause, la Cour souligne que les adresses IP sont à la fois des « données à caractère personnel » – relevant du cadre légal mis en place par le RGPD – et des « données relatives au trafic », soumises également à la directive 2002/58⁹⁵.

La directive 2002/58 pose, en son article 5, le principe de la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications ainsi que la confidentialité des données relatives au trafic. L'article 2, sous b) définit les données relatives au trafic comme toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un

réseau de communications électroniques ou sa facturation. Ce principe de confidentialité s'accompagne d'une interdiction pour toute autre personne que l'utilisateur d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférentes, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance, sans le consentement des utilisateurs concernés sauf lorsque cette personne y est légalement autorisée⁹⁶.

De surcroît, l'article 5 est renforcé par l'article 6 traitant spécifiquement des données relatives au trafic en disposant, en son paragraphe 1, que « les données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs traitées et stockées par le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessibles au public doivent être effacées ou rendues anonymes lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication ».

Analysant les articles 13 et 15 de la directive 2002/58 et l'article 23 du RGPD, la Cour de justice conclut à la volonté du législateur de viser la protection de la propriété intellectuelle dans le cadre d'une procédure civile⁹⁷. D'après la Cour, « pour qu'un traitement, tel que l'enregistrement des adresses IP des personnes dont les connexions Internet ont été utilisées pour le téléversement de segments de fichiers contenant des œuvres protégées sur des réseaux de pair à pair (*peer-to-peer*), aux fins de déposer une demande de divulgation des noms et des adresses postales des détenteurs de ces adresses IP, puisse être considéré comme licite en satisfaisant aux conditions prévues par le règlement 2016/679, il faut qu'il soit, en particulier, vérifié si ce traitement satisfait aux dispositions susvisées de la directive

⁹² C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 106.

⁹³ *Ibid.*, point 108.

⁹⁴ *Ibid.*, point 110.

⁹⁵ *Ibid.*, points 113 et 114. Voy. également C.J.U.E., 6 octobre 2020, arrêt *La Quadrature du Net e.a. c. Premier ministre e.a.*, aff. jointes C-511/18, C-512/18 et C-520/18. Notons que la proposition de règlement « E-privacy » est toujours en discussion au niveau européen.

⁹⁶ Article 5 de la directive 2002/58.

⁹⁷ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 116 et 117.

2002/58»⁹⁸. La Cour renvoie cet examen à la juridiction de renvoi⁹⁹.

B. Le traitement de données à caractère personnel qui devrait être effectué par Telenet

En s'adressant au fournisseur d'accès à Internet belge, la société chypriote souhaite obtenir les informations nécessaires à l'identification des personnes soupçonnées d'avoir partagé illégalement les films des firmes américaines et canadiennes ainsi que leurs données postales.

La Cour commence son analyse en rappelant que l'article 8 de la directive 2004/48 prévoit un droit d'information à l'égard des autorités judiciaires¹⁰⁰. Sans préjudice de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, les informations pouvant être communiquées sont, premièrement, les noms et les adresses des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieures des marchandises ou des services. Deuxièmement, ce droit à l'information vise également les renseignements sur les quantités produites, fabriquées, livrées, reçues ou commandées ainsi que le prix¹⁰¹.

D'après la Cour de justice, l'article 8 permet un juste équilibre entre le droit d'information des titulaires de droit d'auteur et le droit à la protection des données à caractère personnel. Elle indique que « [les] données relatives à l'identité civile des utilisateurs des moyens de communications électroniques ne permettent pas normalement, à elles seules, de connaître la date, l'heure, la durée et les destinataires des communications effectuées, non plus que les endroits où ces communications ont eu lieu ou la fréquence de celles-ci avec certaines personnes pendant une période donnée, de

telle sorte qu'elles ne fournissent, mises à part les coordonnées de ces utilisateurs, telles que leur identité civile et leurs adresses, aucune information sur les communications données et, par voie de conséquence, sur leur vie privée. Ainsi, l'ingérence que comporte une mesure visant ces données ne saurait, en principe, être qualifiée de grave »¹⁰².

Toutefois, dans l'affaire au principal, *Mircom* souhaite que le fournisseur d'accès à Internet fasse le lien entre les adresses IP dynamiques obtenues par la société allemande et celles attribuées par Telenet aux utilisateurs. Forte de ces considérations, la Cour est d'avis que ces informations, outre la qualification de données à caractère personnel, sont par ailleurs des données de trafic nécessitant le respect de la réglementation 2002/58¹⁰³. Faisant écho au traitement précédent, la Cour rappelle que ni la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel ni la réglementation relative aux communications électroniques ne s'opposent *in principium* à la communication d'informations à caractère personnel à une entité privée à des fins de poursuites civiles¹⁰⁴.

⁹⁸ *Ibid.*, point 118.

⁹⁹ *Ibid.*, point 119.

¹⁰⁰ *Ibid.*, point 120.

¹⁰¹ Article 8 de la directive 2004/48.

¹⁰² C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 121. Sur la mise en balance des intérêts et la condition de proportionnalité, voy. également A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « La preuve d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle doit-elle être rapportée dans le respect des droits fondamentaux et de la vie privée? », obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 105/2012, *J.L.M.B.*, 2013/31, p. 1617; C.J.C.E., 29 janvier 2008, arrêt *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06; C.J.U.E., 19 avril 2012, arrêt *Bonnier Audio AB e.a. contre Perfect Communication Sweden AB*, aff. C-461/10; F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face au réseaux *peer-to-peer*: la levée du secret des communications est-elle justifiée? », note sous C.J.C.E., 29 janvier 2008, *R.D.T.I.*, 2008/30, p. 63; E. MONTERO et Y. COOL, « Le "peer-to-peer" en sursis? », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 26 novembre 2004, *R.D.T.I.*, 2005/21, p. 89.

¹⁰³ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 122 et 123.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 125.

Cependant, la Cour est d'avis que la poursuite des infractions au droit d'auteur ne permet pas de faire fi de toutes les garanties imposées par la réglementation entourant la protection des données à caractère personnel¹⁰⁵.

Si l'article 8 de la directive 2004/48 consacre un droit à l'information, la Cour souligne que ni l'article 6, paragraphe 1 ni l'article 9, paragraphe 2, du RGPD ne comportent une obligation pour *Telenet* de communiquer à des personnes privées des données à caractère personnel pour engager la responsabilité civile des personnes accusées de porter atteinte au droit d'auteur¹⁰⁶.

Dès lors, seul l'article 15 de la directive 2002/58 sur les communications électroniques pourrait avoir vocation à s'appliquer. Cet article, lu en combinaison avec l'article 23 du RGPD, permet aux États membres de limiter les droits et obligations du responsable du traitement et de son sous-traitant, consacrés à l'article 5 et aux articles 12 à 22 du RGPD, et impose, par la voie d'une disposition législative, une obligation de transmission dans le chef d'un fournisseur d'accès à Internet pour permettre à des personnes privées d'intenter une action devant les juridictions nationales. Une telle mesure législative devrait trouver sa justification dans la sauvegarde de la sécurité nationale, de la défense et de la sécurité publique, ou dans l'objectif d'assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées de systèmes de communications électroniques¹⁰⁷.

Encore faudrait-il que la mesure législative réponde aux conditions posées par l'article 15 de la directive 2002/58 en constituant une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée au sein d'une société démocratique¹⁰⁸.

Parallèlement, la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle doit être appliquée conjointement avec la réglementation relative aux données de trafic. L'article 15 de la directive 2002/58 exige également une mesure législative pour pouvoir limiter le principe de la confidentialité des communications consacré en son article 5 et la disposition relative aux données de trafic et à la limitation de leur conservation¹⁰⁹.

Il s'avère que tant la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel que celle relative aux communications électroniques imposent l'intervention du législateur national pour obliger un fournisseur d'accès à Internet à transmettre les informations d'identification d'internautes soupçonnés de contrefaçon aux droits d'un tiers. Il appartient désormais à la juridiction nationale de vérifier le fondement juridique, premièrement, de la conservation des données dans le secteur des communications électroniques et, deuxièmement, leur communication à des fins de poursuite judiciaire¹¹⁰. La Cour laisse cette analyse à la juridiction de renvoi et conclut que: «Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux troisième et quatrième questions que l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, sous f), du règlement 2016/679, lu en combinaison avec l'article 15, paragraphe 1, de

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 124.

¹⁰⁶ *Ibid.*, point 126.

¹⁰⁷ Voy. également *Ibid.*, point 119: «En effet, conformément à l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la directive 2002/58, la conservation des adresses IP par les fournisseurs de services de communications électroniques au-delà de la durée d'attribution de ces données n'apparaît, en principe, pas nécessaire aux fins de la facturation des services en cause, de telle sorte que la détection des infractions commises en

ligne peut, de ce fait, s'avérer impossible sans avoir recours à une mesure législative au titre de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58».

¹⁰⁸ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 125 et s.

¹⁰⁹ Article 6 de la directive 2002/58; C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, point 127.

¹¹⁰ C.J.U.E., 17 juin 2021, arrêt *Mircom c. Telenet BVBA*, aff. C-597/19, points 125-129.

JURISPRUDENCE

la directive 2002/58, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose, en principe, ni à l'enregistrement systématique, par le titulaire de droits de propriété intellectuelle ainsi que par un tiers pour son compte, d'adresses IP d'utilisateurs de réseaux de pair à pair (*peer-to-peer*) dont les connexions Internet ont été prétendument utilisées dans des activités contrefaisantes ni à la communication des noms et des adresses postales de ces utilisateurs à ce titulaire ou à un tiers afin de lui permettre d'introduire un recours en indemnisation devant une juridiction civile pour un dommage prétendument causé par lesdits utilisateurs»¹¹¹. La Cour poursuit en précisant une condition essentielle, à savoir que « (...) les initiatives et les demandes en ce sens dudit titulaire ou d'un tel tiers soient justifiées, proportionnées et non abusives et trouvent leur fondement juridique dans une mesure législative nationale, au sens de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, qui limite la portée des règles énoncées aux articles 5 et 6 de cette directive»¹¹².

VII. CONCLUSION

L'affaire commentée a permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'affiner sa jurisprudence sur la communication au public dans le cadre d'un partage de contenus protégés en ligne.

La Cour maintient sa jurisprudence antérieure et confirme ainsi que le partage de contenus protégés par le droit d'auteur sur un réseau *peer-to-peer* constitue un acte de communication au public au sens de la directive 2001/29. L'arrêt *Mircom* lui permet de préciser qu'est dénué de pertinence un éventuel critère de seuil minimal de téléchargements de segments de fichiers, permettant une lisibilité réelle et

effective de l'œuvre téléchargée en différentes composantes.

Sur le critère de l'intervention délibérée du prétendu contrevenant, la Cour se montre plus nuancée. Elle appelle en effet à effectuer une distinction entre les acteurs actifs, participant à la transmission d'une œuvre non consentie par le titulaire des droits, et les simples intermédiaires passifs ou des fournisseurs d'installations techniques. Si les premiers, catégorie à laquelle appartiennent les internautes utilisant le réseau *peer-to-peer*, ne peuvent prétendre à une clémence, il n'en va pas de même des seconds.

Cependant, si la Cour conclut que la communication au public ne peut dépendre du caractère conscient ou non du partage dans la technologie de *peer-to-peer*, elle insiste sur la nécessité d'en informer préalablement l'internaute, afin qu'il ou elle ait recours à cette technologie en pleine connaissance de cause. Notons que si la technologie *peer-to-peer* est souvent décriée, certains auteurs de doctrine se sont toutefois interrogés sur sa potentielle conformité au droit d'auteur¹¹³.

La Cour donne ainsi raison à la société chypriote quant à la violation des droits d'auteur des films se trouvant dans son catalogue. Si une première étape est franchie par *Mircom*, la seconde la ralentira. En effet, le tribunal anversois avait attiré l'attention sur son modèle économique: il consiste, en l'espèce, à obtenir les informations d'identification des internautes, non pas pour les poursuivre en justice, mais pour obtenir à l'amiable une indemnité forfaitaire. La Cour n'observe aucune illégalité

¹¹¹ *Ibid.*, point 132.

¹¹² *Ibid.*, point 132.

¹¹³ C. COLIN et S. DUSOLLIER, « Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en Belgique », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international* (sous la dir. de C. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL), Bruxelles, Larquier, 2012, p. 259.

de principe mais enjoint la juridiction nationale de vérifier *in concreto* le caractère abusif de la demande d'information quant à l'identification des adresses IP de *Mircom*. À cet égard, la Cour précise qu'il importe de prendre en compte notamment le mode opératoire de la société chypriote et de vérifier si des actions en justice sont véritablement introduites en cas de refus de la solution à l'amiable proposée au contrevenant.

L'arrêt *Mircom* est également l'occasion de rencontrer une nouvelle fois l'infernale trio que forment le droit fondamental à la propriété, la protection des données à caractère personnel et la confidentialité des communications électroniques. Si une infraction à la propriété intellectuelle est constatée, la possibilité de récolter les informations d'identification des adresses IP utilisées pour le partage illicite s'avère plus délicate.

Dans la relation liant *Mircom* et la société allemande chargée de récolter les adresses IP des contrevenants, la Cour souligne que les adresses IP sont à la fois des « données à caractère personnel » – relevant du cadre légal mis en place par le RGPD – et des « données relatives au trafic », soumises également à la directive 2002/58. L'analyse de la balance des intérêts en cause, rappelant le critère de proportionnalité déjà mis en évidence par la Cour¹¹⁴, est laissée à la juridiction de renvoi.

La seconde relation examinée par la Cour est l'opposition entre *Mircom* et *Telenet*, ce dernier refusant de communiquer les informations d'identification des personnes concernées. Il

s'avère que tant la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel que celle relative aux communications électroniques imposent l'intervention du législateur national pour obliger un fournisseur d'accès à Internet à transmettre les informations d'identification d'internautes soupçonnés de contrefaçon aux droits d'un tiers. Il appartient désormais à la juridiction nationale de vérifier le fondement juridique, premièrement, de la conservation des données dans le secteur des communications électroniques et, deuxièmement, leur communication à des fins de poursuite judiciaire. Ironie ou mauvais coup du sort, voilà que la question très controversée de la législation, tant européenne que belge, relative à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques refait surface¹¹⁵...

Manon KNOCKAERT

¹¹⁴ C.J.C.E., 29 janvier 2008, arrêt *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06; C.J.U.E., 19 avril 2012, arrêt *Bonnier Audio AB e.a. contre Perfect Communication Sweden AB*, aff. C-461/10; A. CRUQUENAIRE et J.-Fr. HENROTTE, « La preuve d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle doit-elle être rapportée dans le respect des droits fondamentaux et de la vie privée ? », obs. sous C. const., 9 août 2012, n° 105/2012, *J.L.M.B.*, 2013/31, p. 1617.

¹¹⁵ C. const., arrêt n° 84/2015, 11 juin 2015. En substance, la Cour constitutionnelle annulera la loi du 30 juillet 2013 portant modifications de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Ensuite, quatre recours ont été formés devant la Cour constitutionnelle concernant la loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques; C. const., arrêt n° 96/2018, 19 juillet 2018. Entre temps, la directive 2006/24 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE a été annulée par la Cour de justice: C.J.U.E. (GC), arrêt *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12. Voy. également C. FORGET et F. DUMORTIER, « Criminalité informatique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *R.D.T.I.*, 2017/3, pp. 208-207, n° 288. Voy. également O. MARKOWITZ, « Les aspects techniques des modèles de réponse au téléchargement », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international* (sous la dir. de C. DOUTREPELONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 47.