

C.J.U.E., 19 avril 2012

Note d'observations de Sandrine Hallemans¹

DROIT D'AUTEUR ET DROITS VOISINS – TRAITEMENT DE DONNÉES PAR INTERNET – ATTEINTE À UN DROIT EXCLUSIF – LIVRES AUDIO RENDUS ACCESSIBLES PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN SERVEUR FTP AU MOYEN D'INTERNET PAR UNE ADRESSE IP FOURNIE PAR L'OPÉRATEUR INTERNET – INJONCTION ADRESSÉE À L'OPÉRATEUR INTERNET DE FOURNIR LE NOM ET L'ADRESSE DE L'UTILISATEUR DE L'ADRESSE IP

COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS – PROCESSING OF DATA BY INTERNET – INFRINGEMENT OF AN EXCLUSIVE RIGHT – AUDIO BOOKS MADE AVAILABLE VIA AN FTP SERVER VIA INTERNET BY AN IP ADDRESS SUPPLIED BY AN INTERNET SERVICE PROVIDER – INJUNCTION ISSUED AGAINST THE INTERNET SERVICE PROVIDER ORDERING IT TO PROVIDE THE NAME AND ADDRESS OF THE USER OF THE IP ADDRESS

La directive 2006/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée, puisqu'une telle législation ne relève pas du champ d'application ratione materiae de la directive 2006/24. Cette dernière se rapporte, en effet, à la transmission de données, dans le cadre d'une procédure civile, aux fins de faire constater une atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

Les directives 2002/58 et 2004/48 doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, dans la mesure où cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence.



Directive 2006/24 must be interpreted as not precluding the application of national legislation based on Article 8 of Directive 2004/48 which, in order to identify an internet subscriber or user, permits an internet service provider in civil proceedings to be ordered to give a copyright holder or its representative information on the subscriber to whom the internet service provider provided an IP address which was allegedly used in an infringement, since that legislation does not fall within the material scope of Directive 2006/24. It concerns, in fact, the communication of data, in civil proceedings, in order to obtain a declaration that there has been an infringement of intellectual property rights.

Directives 2002/58 and 2004/48 must be interpreted as not precluding national legislation such as that at issue in the main proceedings insofar as that legislation enables the national court seized of an application for an order for disclosure of personal data, made by a person who is entitled to act, to weigh the conflicting interests involved, on the basis of the facts of each case and taking due account of the requirements of the principle of proportionality.

¹ Recherche au CRIDS.

JURISPRUDENCE

(Bonnier Audio c. Perfect Communication Sweden – aff. C-461/10)

ARRÊT

(...)

LE LITIGE AU PRINCIPAL ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

25. Bonnier Audio e.a. sont des sociétés d'édition, titulaires notamment de droits exclusifs de reproduction, d'édition et de mise à disposition du public de 27 ouvrages se présentant sous la forme de livres audio.

26. Bonnier Audio e.a. estiment qu'il aurait été porté atteinte à leurs droits exclusifs, en raison de la diffusion au public de ces 27 œuvres, sans leur consentement, au moyen d'un serveur FTP («file transfer protocol») qui permet le partage de fichiers et le transfert de données entre ordinateurs connectés à Internet.

27. Le fournisseur d'accès Internet par l'intermédiaire duquel le prétendu échange illicite de fichiers a eu lieu est ePhone.

28. Bonnier Audio e.a. ont saisi le Solna tingsrätt (tribunal de première instance de Solna) d'une demande d'injonction aux fins de communication des nom et adresse de la personne faisant usage de l'adresse IP à partir de laquelle il est présumé que les fichiers en question auraient été transmis, pendant la période comprise entre 03 h 28 et 05 h 45 le 1^{er} avril 2009.

29. Ce fournisseur, ePhone, s'est opposé à cette demande en soutenant, notamment, que l'injonction sollicitée est contraire à la directive 2006/24.

30. En première instance, le Solna tingsrätt a fait droit à la demande d'injonction aux fins de communication des données en cause.

31. Ledit fournisseur, ePhone, a interjeté appel devant le Svea hovrätt (cour d'appel de Svea), en concluant au rejet de ladite demande d'injonction. Cette société a également demandé la saisine de la Cour à titre préjudiciel aux fins de préciser si la directive 2006/24 s'oppose à ce que des informations concernant un abonné, à qui une adresse IP a été attribuée, soient communiquées à d'autres personnes qu'aux autorités visées par ladite directive.

32. Le Svea hovrätt a jugé qu'aucune disposition de la directive 2006/24 ne faisait obstacle à ce qu'il soit enjoint à une partie à un litige civil de communiquer, à d'autres personnes qu'une autorité publique, des données relatives à un abonné. Ladite juridiction a, en outre, rejeté la demande de saisine à titre préjudiciel de la Cour.

33. Cette même juridiction a également constaté que les sociétés éditrices de livres audio n'avaient pas établi l'existence d'indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Elle a donc décidé d'annuler l'injonction de communiquer les données en cause rendue par le Solna tingsrätt. Bonnier Audio e.a. se sont alors pourvues en cassation devant le Högsta domstolen.

34. La juridiction de renvoi estime que, nonobstant l'arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae* (C-275/06, *Rec.*, p. I-271), ainsi que l'ordonnance du 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten* (C-557/07, *Rec.*, p. I-1227), il subsiste un doute sur la question de savoir si le droit de l'Union s'oppose à l'application de l'article 53^{quater} de la loi sur le droit d'auteur, dans la mesure où ni cet arrêt ni cette ordonnance ne se réfèrent à la directive 2006/24.

35. Dans ces circonstances, le Högsta domstolen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

«1) La directive 2006/24 [...], plus spécialement ses articles 3 [à] 5 et 11, s'oppose-t-elle à l'application d'une disposition de droit national, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48 [...], qui, aux fins d'identification d'un abonné, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit, dans une procédure civile, l'identité de l'abonné à qui une adresse IP, qui aurait servi à l'atteinte audit droit, a été attribuée? Il est présumé, d'une part, que le demandeur de l'injonction a établi des indices réels de l'atteinte à un droit d'auteur et, d'autre part, que la mesure demandée est proportionnée.

2) Le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24, alors que le délai pour ce faire est expiré, a-t-il une incidence sur la réponse à la première question? ».

SUR LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

36. Par ses deux questions, qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2006/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée et si le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24, alors que le délai pour ce faire est expiré, a une incidence sur la réponse à cette question.

37. À titre liminaire, il importe de relever, d'une part, que la Cour se fonde sur la prémisse selon laquelle les données en cause dans l'affaire au principal ont été conservées conformément à la législation nationale, dans le respect des conditions fixées à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

38. D'autre part, la directive 2006/24, aux termes de son article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, vise à harmoniser les dispositions de droit interne des États membres relatives aux obligations des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications en matière de traitement et de conservation de certaines données qui sont générées ou traitées par de tels fournisseurs, en vue de garantir la disponibilité de ces données à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves, telles qu'elles sont définies par chaque État membre dans son droit interne.

39. Par ailleurs, ainsi qu'il découle de l'article 4 de la directive 2006/24, les données conservées, conformément à cette directive, ne peuvent être transmises qu'aux autorités nationales compétentes, dans des cas précis et conformément au droit interne de l'État membre concerné.

40. Ainsi, la directive 2006/24 concerne exclusivement le traitement et la conservation de données générées ou traitées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, aux fins de

recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves, ainsi que leur transmission aux autorités nationales compétentes.

41. Le champ d'application *ratione materiae* de la directive 2006/24 ainsi précisé est confirmé par l'article 11 de celle-ci qui énonce que, dans le cas où de telles données auraient été conservées spécifiquement aux fins visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de ladite directive, l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 est inapplicable auxdites données.

42. En revanche, ainsi qu'il ressort du douzième considérant de la directive 2006/24, l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 continue à s'appliquer aux données conservées à d'autres fins que celles visées expressément à l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2006/24, notamment à des fins judiciaires.

43. Ainsi, il découle d'une lecture combinée de l'article 11 et du douzième considérant de la directive 2006/24 que cette directive constitue une réglementation spéciale et bien circonscrite, dérogeant et se substituant à la directive 2002/58 de portée générale et, en particulier, à l'article 15, paragraphe 1, de cette dernière.

44. S'agissant de l'affaire au principal, il convient de relever que la législation en cause poursuit un objectif différent de celui visé par la directive 2006/24. Elle se rapporte, en effet, à la transmission de données, dans le cadre d'une procédure civile, aux fins de faire constater une atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

45. Ladite législation ne relève donc pas du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2006/24.

46. Dès lors, est dénué de pertinence, dans l'affaire au principal, le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24 alors que le délai pour ce faire est expiré.

47. Cela étant, en vue de fournir à la juridiction qui lui a adressé une question préjudicielle une réponse utile, la Cour peut être, en outre, amenée à prendre en considération des normes du droit de l'Union auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question (voir, notamment, arrêts du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, point 39, ainsi que du 28 février 2008, *Abraham e.a.*, C-2/07, *Rec.*, p. I-1197, point 24).

JURISPRUDENCE

48. Or, il convient de constater que les circonstances au principal se prêtent à la prise en considération de telles normes du droit de l'Union.

49. En effet, la référence faite par la juridiction de renvoi, dans sa première question, au respect des exigences tenant à l'existence d'indices réels d'atteinte à un droit d'auteur et au caractère proportionnel de la mesure d'injonction qui serait prise en vertu de la loi de transposition en cause au principal ainsi que, tel qu'il découle du point 34 du présent arrêt, à l'arrêt *Promusicae*, précité, laisse entendre que la juridiction de renvoi s'interroge également sur la question de savoir si les dispositions en question de cette loi de transposition sont susceptibles d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux applicables, tel que l'exige ledit arrêt ayant interprété et appliqué différentes dispositions des directives 2002/58 et 2004/48.

50. Ainsi, la réponse à une telle question implicite peut s'avérer pertinente à la résolution de l'affaire au principal.

51. En vue de donner cette réponse utile, il convient, d'abord, de rappeler que, dans l'affaire au principal, Bonnier Audio e.a. souhaitent la communication, aux fins de son identification, du nom et de l'adresse d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet faisant usage de l'adresse IP à partir de laquelle il est présumé que des fichiers contenant des œuvres protégées ont été illicitement échangés.

52. Il y a lieu de constater que la communication souhaitée par Bonnier Audio e.a. constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2, premier alinéa, de la directive 2002/58, lu en combinaison avec l'article 2, sous b), de la directive 95/46. Cette communication relève donc du champ d'application de la directive 2002/58 (voir, en ce sens, arrêt *Promusicae*, précité, point 45).

53. Il convient de relever également que, dans l'affaire au principal, la communication de ces données est requise dans le cadre d'une procédure civile, au bénéfice du titulaire d'un droit d'auteur ou de son ayant droit, c'est-à-dire d'une personne privée, et non au bénéfice d'une autorité nationale compétente.

54. À cet égard, il convient d'emblée de constater qu'une demande de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection

effective des droits d'auteur relève, de par son objet, du champ d'application de la directive 2004/48 (voir, en ce sens, arrêt *Promusicae*, précité, point 58).

55. Or, la Cour a déjà jugé que l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2004/48, lu en combinaison avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, ne s'oppose pas à ce que les États membres établissent une obligation de transmission à des personnes privées de données à caractère personnel pour permettre d'engager, devant les juridictions civiles, des poursuites contre les atteintes au droit d'auteur, mais n'oblige pas non plus ces États à prévoir une telle obligation (voir arrêt *Promusicae*, précité, points 54 et 55, ainsi que ordonnance *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, précitée, point 29).

56. La Cour a toutefois ajouté que, lors de la transposition notamment des directives 2002/58 et 2004/48, il incombe aux États membres de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union, tels que le principe de proportionnalité (voir, en ce sens, arrêt *Promusicae*, précité, point 68, et ordonnance *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, précitée, point 28).

57. En l'occurrence, l'État membre concerné a décidé de se prévaloir de la faculté, telle que décrite au point 55 du présent arrêt, qui lui était offerte, de prévoir une obligation de transmission de données à caractère personnel, dans le cadre d'une procédure civile, à des personnes privées.

58. Or, il y a lieu de relever que la législation nationale en question exige, notamment, que pour qu'une injonction de communiquer les données en cause puisse être ordonnée des indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur une œuvre existant, que les informations demandées soient susceptibles de

faciliter l'enquête sur la violation du droit d'auteur ou l'atteinte à un tel droit et que les raisons motivant cette injonction soient d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire ou à tout intérêt qui s'y oppose.

59. Ainsi, cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence.

60. Dans cette situation, une telle législation doit être considérée comme susceptible, en principe, d'assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droit d'auteur, et la protection des données à caractère personnel dont bénéficie un abonné à Internet ou un utilisateur d'Internet.

61. Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre aux questions posées que :

- la directive 2006/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée, puisqu'une telle législation ne relève pas du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2006/24 ;
- est dénué de pertinence, dans l'affaire au principal, le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24 alors que le délai pour ce faire est expiré ;
- les directives 2002/58 et 2004/48 doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, dans la mesure où cette législation permet à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances

de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence.

(...)

Par ces motifs,

la Cour (3^e ch.) dit pour droit :

La directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, 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, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui, aux fins d'identification d'un abonné à Internet ou d'un utilisateur d'Internet, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit l'identité de l'abonné à qui une adresse IP (protocole internet) qui aurait servi à l'atteinte audit droit a été attribuée, puisqu'une telle législation ne relève pas du champ d'application *ratione materiae* de la directive 2006/24.

Est dénué de pertinence, dans l'affaire au principal, le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24 alors que le délai pour ce faire est expiré.

Les directives 2002/58/CE 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 (directive vie privée et communications électroniques), et 2004/48 doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, dans la mesure où cette législation permet, à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence.

Note d'observations¹

L'arrêt *Bonnier* – La communication de données à caractère personnel à des personnes privées dans le cadre d'une action civile

INTRODUCTION

1. L'arrêt commenté a été rendu sur question préjudicielle par la Cour de justice de l'Union européenne le 19 avril 2012². Il s'inscrit dans le mouvement de lutte contre le piratage en ligne initié par les ayants droit. Après s'être attaqués aux logiciels de partage eux-mêmes, les ayants droit ont décidé de se tourner vers les utilisateurs de ces logiciels, les internautes qui partagent ou téléchargent sur internet des œuvres protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation de leur titulaire. Pour pouvoir s'attaquer aux internautes, les ayants droit n'ont d'autre choix que de diriger directement leurs actions contre les intermédiaires de la société de l'information, de par la difficulté d'identification qui existe sur internet. Dans l'affaire qui fait l'objet du présent commentaire, c'est envers les fournisseurs d'accès à internet que leurs efforts se sont portés, fournisseurs d'accès qui sont les seuls à pouvoir lever le secret de l'identité de la personne qui se cache derrière une adresse IP qui a été pointée comme étant à la base d'un téléchargement et/ou partage illégal.

2. En matière de lutte contre le piratage sur internet, la Cour de justice a eu à connaître de plusieurs arrêts, que l'on peut répartir en deux

catégories: le droit d'auteur face à la protection de la vie privée, et les arrêts concernant les mesures de filtrage et de blocage de sites contrefaisants. En l'espèce, il s'agit d'une affaire ayant trait à la première. Lorsqu'il y a une demande de la part des ayants droit d'obtenir auprès des fournisseurs d'accès les données d'identification de leurs clients, des questions de protection de la vie privée et de traitement des données à caractère personnel se posent. Comme le relève l'avocat général N. Jääskinen, « la protection des données à caractère personnel est un domaine transversal qui ne cesse de soulever un certain nombre de questions dans différents domaines »³.

Nous verrons que la problématique centrale est celle de la balance des intérêts qui devra être faite entre la protection des données à caractère personnel et la protection de la propriété intellectuelle. Cet arrêt vient compléter l'arrêt *Promusicae*⁴ de la Cour ainsi que de l'ordonnance *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*⁵ qui traitent tous deux de cette mise en balance qui doit être effectuée entre la protection du droit d'auteur et le droit à la protection de la vie privée.

¹ Sandrine Hallemans, chercheuse au CRIDS.

² C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio e.a. c. Perfect Communication Sweden AB*, C-461/10, non encore publié au Recueil.

³ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, 17 novembre 2011, § 3.

⁴ C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, C-275/06, Rec. 2008, p. I-00271.

⁵ C.J.C.E., 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, C-557/07, Rec. 2009, p. I-01227.

I. LE CADRE FACTUEL ET LA QUESTION PRÉJUDICIELLE

3. À titre de mise en contexte, nous analyserons tout d'abord les dispositions de la loi suédoise transposant la directive 2004/48/CE relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, destinée à réprimer les échanges illégaux d'œuvres sur internet (A) pour ensuite s'attacher à la description des faits de la cause et questions préjudicielles (B).

A. Contexte

4. Avant d'entamer l'analyse de l'arrêt proprement dite, il convient de consacrer quelques lignes à l'examen de la loi suédoise qui est à la base de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne.

Le litige fait suite à l'adoption, le 1^{er} avril 2009, par la Suède, d'une loi de transposition de la directive européenne 2004/48/CE relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, destinée à réprimer les échanges illégaux d'œuvres sur internet⁶. Cette loi, dite « loi IPRED », a pour objectif d'offrir aux titulaires de droits la possibilité d'obtenir plus facilement les données à caractère personnel des internautes s'adonnant à ces pratiques illégales en forçant les fournisseurs d'accès à internet à leur procurer ces données grâce à une décision de justice qui interviendrait dans le cadre d'une action civile. Sur la base de ces informations, les ayants droit pourront envoyer directement un avertissement à l'utilisateur et éventuellement introduire une action civile dans le cas de récidive⁷.

La loi IPRED insère un nouvel article dans la loi suédoise sur le droit d'auteur qui prévoit que lorsqu'une atteinte au droit de propriété intellectuelle est établie, peut être ordonnée par un tribunal la communication d'informations sur l'origine et les réseaux de distribution d'œuvres contrefaites, et ce même aux ayants droit. Les caractéristiques de cette obligation de communiquer sont que, premièrement, la demande peut émaner du titulaire du droit, son ayant droit ou quiconque jouissant d'un droit légal d'exploitation de l'œuvre, et deuxièmement, cette communication ne peut être ordonnée que si les informations demandées sont susceptibles de faciliter l'enquête sur la violation du droit ou l'atteinte au droit en cause⁸. Cette injonction de communiquer ne peut être ordonnée que si les raisons la motivant sont d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire ou tout autre intérêt qui s'y oppose⁹.

Maintenant que la loi suédoise n'a plus de secret pour le lecteur, il convient de découvrir en quoi elle a posé problème sur le plan juridique en Suède, et ce qui a amené la juridiction de renvoi à poser une question préjudicielle à la Cour à son sujet.

B. Faits de la cause et questions préjudicielles

5. La demande de décision préjudicielle a été présentée par la Cour suprême suédoise – le Högsta domstolen – dans le cadre d'une action opposant des sociétés d'édition de livres audio¹⁰ (ensemble « Bonnier Audio e.a. »), au fournisseur d'accès à internet Perfect Communication Sweden AB (ci-après « ePhone »). Le litige portait sur la contestation opposée par le fournisseur d'accès à internet à une demande d'injonc-

⁶ Chap. 7 on penal and civil liabilities, Act 1960: 729, of December 30, 1960, as amended up to April 1, 2009 disponible sur <http://www.regeringen.se/content/1/c6/01/51/95/20edd6df.pdf>.

⁷ E. PALM, « Swedish antipiracy law stirs up political waters », *CNET*, 31 mars 2010, disponible sur http://news.cnet.com/8301-1023_3-10207718-93.html.

⁸ Article 53^{quater} de la loi suédoise.

⁹ Article 53^{quinquies} de la loi suédoise.

¹⁰ Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget Aktiebolag et Storyside AB.

JURISPRUDENCE

tion de communication de données introduite par Bonnier Audio e.a. aux fins d'identifier un abonné déterminé, accusé par cette dernière d'avoir stocké et diffusé au public illégalement, par le biais d'un serveur FTP, des audio-livres dont ils possèdent les droits exclusifs.

Bonnier Audio e.a. ont saisi le tribunal de première instance pour se voir communiquer les noms et adresses se cachant derrière la présumée adresse IP utilisée pour procéder au partage illégal des œuvres faisant l'objet d'un droit exclusif. Le fournisseur d'accès à internet «s'est opposé à cette demande en soutenant, notamment, que l'injonction sollicitée serait contraire à la directive 2006/24/CE». Le tribunal de première instance a fait droit à la demande de Bonnier Audio e.a. En appel, la cour d'appel de Stockholm – le Svea hovrätt – a jugé «qu'aucune disposition de la directive 2006/24 ne faisait obstacle à ce qu'il soit enjoint à une partie à un litige civil de communiquer, à d'autres personnes qu'une autorité publique, des données relatives à un abonné», mais a constaté que Bonnier Audio e.a. n'avaient pas établi l'existence d'indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. L'injonction de communication prononcée par le tribunal de première instance a donc été annulée, et Bonnier Audio e.a. se sont alors pourvues devant la Cour suprême – le Högsta domstolen. Cette dernière a décidé de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne car elle estimait que, nonobstant l'arrêt *Promusicae*, ainsi que l'ordonnance *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, il subsiste un doute sur la question de savoir si le droit de l'Union s'oppose à l'application de l'article 53^{quater} de la loi sur le droit d'auteur, dans la mesure où ni cet arrêt ni cette ordonnance ne se réfèrent à la directive 2006/24¹¹.

6. La juridiction de renvoi se pose la question de savoir si les articles 3 à 5 et 11 de la directive 2006/24 s'opposent «à l'application d'une disposition de droit national, instituée sur la base de l'article 8 de la directive 2004/48, qui, aux fins d'identification d'un abonné, permet d'enjoindre à un fournisseur d'accès Internet de communiquer au titulaire d'un droit d'auteur ou à son ayant droit, dans une procédure civile, l'identité de l'abonné à qui une adresse IP, qui aurait servi à l'atteinte audit droit, a été attribuée»¹². La juridiction se demande également si «le fait que l'État membre concerné n'a pas encore transposé la directive 2006/24, alors que le délai pour ce faire est expiré, a-t-il une incidence sur la réponse à la première question?»¹³.

II. ANALYSE DE L'ARRÊT ET ENSEIGNEMENTS DE LA COUR

7. La Cour de justice a donc eu à se prononcer sur la compatibilité de la loi IPRED avec le droit européen, et plus particulièrement avec la directive 2006/24/CE 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. La question que la Cour a eu à examiner était, en d'autres mots, celle de savoir si l'existence de cette directive – même non encore transposée en droit interne – permet d'imposer à un fournisseur d'accès à internet de communiquer à un ayant droit, dans une procédure civile, l'identité de l'abonné à qui l'adresse IP suspectée a été attribuée¹⁴ (A). Ce que vise la loi suédoise est, comme nous l'avons vu *supra*, la transmission de données, dans le cadre d'une procédure civile, dans le but de faire constater une atteinte aux droits de propriété

¹¹ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, § 35.

¹² Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 35.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 36.

intellectuelle¹⁵. Une demande de communication de données à caractère personnel pour assurer la protection effective des droits d'auteur relève de la directive 2004/48¹⁶, l'article de la loi suédoise autorisant l'implémentation d'une obligation de transmission de données à caractère personnel à des personnes privées pour leur permettre la poursuite des atteintes au droit d'auteur¹⁷ (B).

A. (In)applicabilité de la directive 2006/24 au cas d'espèce

8. L'avocat général N. Jääskinen se penche tout d'abord sur la portée de la directive 2006/24, et vérifie son applicabilité *ratione materiae* au cas d'espèce. En premier lieu, il s'avère que l'article 1^{er} de la directive vise spécifiquement la disponibilité des données dans le cadre d'une procédure pénale¹⁸. Deuxièmement, son article 4 prévoit que des mesures doivent être prises par les États membres pour assurer que les données conservées « ne soient transmises qu'aux autorités nationales compétentes »¹⁹. Or, dans cette affaire, il s'agit d'une procédure civile, et les données à caractère personnel sont demandées par des particuliers, en la personne d'ayants droit, pour qu'elles leurs soient communiquées. L'avocat général en conclut que cette directive n'est pas applicable *ratione materiae*. La seconde question préjudicielle n'a dès lors plus d'objet.

Après un développement analogue, la Cour de justice a abouti à la même conclusion dans son arrêt. Selon elle, « la législation en cause poursuit un objectif différent de celui visé par la directive 2006/24. Elle se rapporte, en effet, à la transmission de données, dans le cadre d'une procédure civile, aux fins de faire constater une atteinte aux droits de propriété intellectuelle »²⁰. Pour parvenir à cette conclusion, elle va également prendre en considération l'article 11 de la directive qui confirme son champ d'application *ratione materiae*²¹, ce que n'a pas fait l'avocat général.

9. La question de la conservation des données à caractère personnel, visée par la directive 2006/24, est essentielle lorsqu'il s'agit de savoir si leur transmission à des tiers est autorisée. L'article 6 de la directive 2002/58 prévoit que lorsque les données de trafic ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication, leur effacement ou leur anonymisation est obligatoire, à moins qu'une loi qui prévoirait une telle conservation ne soit adoptée²². Les ayants droit risquent par conséquent de se retrouver dans l'impossibilité d'exercer leur droit à obtenir des informations en raison de l'effacement ou de l'anonymisation des données²³.

L'avocat général va s'intéresser plus spécifiquement à cette question et précisera que « s'agissant d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle invoquées par les particuliers, il y a lieu de constater que ni la directive 2002/58 ni la directive 2006/24 ne prévoient la possibilité ou l'obligation de conserver ou d'utiliser lesdites données pour une telle finalité, ou de

¹⁵ *Ibidem*, § 44.

¹⁶ Arrêt *Promusicae*, § 58.

¹⁷ *Ibidem*, §§ 54 et 55.

¹⁸ Article 1^{er} de la directive 2006/24: « La présente directive a pour objectif d'harmoniser les dispositions des États membres relatives aux obligations des fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications en matière de conservation de certaines données qui sont générées ou traitées par ces fournisseurs, en vue de garantir la disponibilité de ces données à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves telles qu'elles sont définies par chaque État membre dans son droit interne ».

¹⁹ Article 4 de la directive 2006/24.

²⁰ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 44.

²¹ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 41.

²² Articles 6, § 1^{er} et 15, § 1^{er} de la directive 2002/58.

²³ V. FOSSOUL, « La protection de la vie privée, obstacle à la lutte contre le téléchargement illégal ? », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet*, sous la direction de C. DOUTRELEPONT, F. DUBUISSON et A. STROWEL, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 340.

se servir des données déjà existantes, qui sont conservées à d'autres fins»²⁴. Partant, il conclut à l'absence d'une directive européenne qui fixerait les conditions d'une conservation de données. Toutefois, cette absence n'empêche aucunement qu'une directive qui viendrait compléter la directive 2002/58 soit envisagée. Seraient alors prévues une obligation de conservation en ce qui concerne les atteintes portées à un droit de propriété intellectuelle, ainsi qu'une définition à la fois de la finalité de ladite conservation, des données à conserver, de la durée, et des personnes pouvant y avoir accès²⁵. La divulgation de données à caractère personnel ne pourra se faire sans une conservation desdites données prévue à cette fin. À ce sujet, l'avocat général a considéré que «pour qu'une divulgation des données à caractère personnel soit possible, le droit de l'Union exige qu'une obligation de conservation soit prévue par la législation nationale, afin de préciser les catégories de données à conserver, la finalité de conservation, la durée de la conservation et les personnes qui peuvent y avoir accès. Il serait contraire aux principes de la protection des données à caractère personnel de faire usage des bases de données qui existent à d'autres fins que celles ainsi définies par le législateur»²⁶. Les ayants droit ne seraient donc pas autorisés, en l'absence d'une loi allant dans ce sens, à demander la communication de données qui auraient été conservées avec une autre finalité. En conclusion, «la collecte et l'utilisation desdites données à de telles fins dans le respect du droit de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel impliquerait l'adoption préalable, par le législateur national, de dispositions

détaillées, conformément à l'article 15 de la directive 2002/58»²⁷.

B. Analyse au regard de la directive 2004/48

10. Dans sa demande préjudicielle, la juridiction de renvoi n'a fait référence qu'à la directive 2006/24, or il s'est avéré que cette norme était inapplicable en l'espèce. La Cour ne va pourtant pas s'arrêter là. Se basant sur sa jurisprudence antérieure, elle avance que «en vue de fournir à la juridiction qui lui a adressé une question préjudicielle une réponse utile, [elle] peut être (...) amenée à prendre en considération des normes du droit de l'Union auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question»²⁸. Elle va alors se référer aux directives 2002/58 et 2004/48, la juridiction de renvoi s'interrogeant sur la question de savoir si les dispositions en question de la loi suédoise sont susceptibles d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux applicables²⁹.

Comme le souligne la Cour, «une demande de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective des droits d'auteur relève, de par son objet, du champ d'application de la directive 2004/48»³⁰.

11. Concernant l'article 8, § 3 de la directive, la Cour avait déjà jugé dans son arrêt *Promusicae*³¹, et confirmé dans l'ordonnance *LSG*³², que «lu en combinaison avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, [il] ne s'oppose pas à ce que les États membres établissent une obligation de transmission à des personnes privées de données à caractère personnel pour

²⁴ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, § 53.

²⁵ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, § 55.

²⁶ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, § 60.

²⁷ Conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Bonnier*, § 62.

²⁸ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 47.

²⁹ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 49.

³⁰ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 54.

³¹ Arrêt *Promusicae*, §§ 54 et 55.

³² Ordonnance *LSG*, § 29.

permettre d'engager, devant les juridictions civiles, des poursuites contre les atteintes au droit d'auteur, mais n'oblige pas non plus ces États à prévoir une telle obligation»³³. En cas de décision d'un État membre d'user de cette faculté, la Cour exige la recherche d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux tant par les législateurs au moment de la transposition des directives que par les juges lors des litiges. C'est le principe de proportionnalité entre les différents droits fondamentaux en présence – le droit de propriété ainsi que le droit à la protection de la vie privée – qui a guidé la Cour dans la réponse à cette question préjudicielle.

À ce titre, la Cour jugera que si la loi :

- exige pour qu'une injonction de communiquer les données en cause puisse être ordonnée, des indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur une œuvre ;
- exige que les informations demandées soient susceptibles de faciliter l'enquête sur l'atteinte ou la violation du droit d'auteur ;
- exige que les raisons motivant cette injonction soient d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire³⁴ ;
- s'applique aux personnes ayant qualité pour agir ;
- permet de pondérer les intérêts opposés en présence, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant compte des exigences résultant du principe de proportionnalité³⁵ ;

elle peut être considérée comme susceptible d'assurer un juste équilibre entre la protection

du droit de propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel³⁶.

Cette ligne de conduite fournie par la Cour de justice permet de savoir quelles conditions seraient nécessaires pour s'assurer de la proportionnalité et de la validité d'une loi qui prévoirait une injonction de communication envers les fournisseurs d'accès à internet au bénéfice des ayants droit. Nous analyserons au point IV du présent commentaire ce qu'il en est au niveau du droit belge dans cette matière.

12. Enfin, nous pouvons relever que contrairement au précédent arrêt rendu en la matière (*LSG*), ni la Cour ni son avocat général n'ont jugé utile de se pencher sur la notion d'intermédiaire technique et plus spécifiquement sur celle de fournisseur d'accès à internet.

III. LA QUESTION DES ADRESSES IP EN TANT QUE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET LEUR TRAITEMENT

13. S'est posée la question de la qualification de l'adresse IP en tant que donnée à caractère personnel, cette adresse IP étant l'information permettant d'identifier les internautes commettant des actes contraires au droit d'auteur. Une adresse IP – ou *Internet Protocol* – identifie de manière unique un abonné internet derrière une requête s'opérant avec un serveur, qui doit connaître cette adresse pour pouvoir y répondre. À un moment donné dans le temps, une seule adresse IP correspond à un seul abonné internet – mais peut-être à plusieurs ordinateurs connectés à un même réseau local.

14. Le groupe de travail de l'article 29 sur la protection des données a considéré les adresses IP comme étant des données à caractère personnel, protégées par la directive 95/46, car plusieurs acteurs disposent de moyens raisonnables pour associer ces adresses à l'identité de l'abonné. Il a relevé que «l'attendu 26 de la

³³ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 55.

³⁴ Arrêt *Bonnier Audio e.a.*, § 58.

³⁵ *Ibidem*, § 59.

³⁶ *Ibidem*, § 60.

JURISPRUDENCE

directive 95/46 précise que des données sont qualifiées de données à caractère personnel dès lors que le contrôleur ou toute personne utilisant des moyens raisonnables peut établir un lien avec l'identité de la personne objet des données (dans ce cas, l'utilisateur de l'adresse IP). Dans le cas d'adresses IP, le fournisseur de services Internet peut toujours faire le lien entre l'identité des abonnés et les adresses IP, et d'autres entités sont peut-être également en mesure de le faire par exemple en utilisant les registres des adresses IP attribuées ou d'autres moyens techniques existants³⁷. Ce sont les fournisseurs d'accès à internet qui sont en charge de l'attribution des adresses IP à leurs abonnés, et c'est donc vers eux qu'il faut se tourner pour obtenir le nom de la personne à laquelle cette adresse a été assignée à tel moment. Ils sont un passage obligé dans l'obtention de telles informations, la donnée brute étant inutilisable par les tiers.

Dans son arrêt *Scarlet*³⁸, la Cour a suivi son avocat général sur le point de savoir si une adresse IP est bien une donnée à caractère personnel. Elle a estimé que les adresses IP sont «des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs»³⁹. Avant elle, son avocat général avait conclu qu'«une adresse IP peut être qualifiée de donnée à caractère personnel dans la mesure où elle peut permettre l'identification d'une personne, par référence à un numéro d'identification ou à tout autre élément qui lui soit propre»⁴⁰.

Dans l'affaire *Bonnier*, une précision a été apportée par l'avocat général dans ses conclu-

sions: «Il convient de commencer par la question de savoir si les données demandées sont des données à caractère personnel. (...) Il s'agit des nom et adresse d'un abonné, qui sont à identifier sur la base d'une adresse IP. Il s'ensuit que nous nous trouvons dans le champ d'application des règles relatives à la protection des données à caractère personnel. Il convient néanmoins de rappeler que l'identité de la personne susceptible d'avoir commis une atteinte à des droits de propriété intellectuelle ne peut être établie sur la seule base de l'adresse IP lorsque plusieurs personnes peuvent utiliser l'accès au réseau identifié par cette même adresse IP. Cela est le cas concernant par exemple les réseaux sans fil dépourvus de protection efficace, le détournement d'ordinateurs connectés à Internet, ainsi que les situations dans lesquelles plusieurs personnes peuvent utiliser le même ordinateur»⁴¹. Cette précision est essentielle lorsqu'il s'agit de condamner une personne sur la base de la collecte de son adresse IP. Ce qui pose question dans la mise en place d'un système d'injonction de communication dans le cadre d'un système répressif, est qu'une adresse IP n'assure pas le ciblage de la personne qui est réellement à la source de l'infraction au droit d'auteur car cette adresse est en réalité reliée à l'abonné de la connexion qui n'est peut-être pas responsable de l'acte en cause.

La Cour de justice ne s'était par contre pas prononcée sur la question de l'adresse IP en tant que donnée à caractère personnel dans son arrêt *Promusicae*, un tel moyen n'ayant pas été soulevé. L'analyse avait plutôt porté sur la légalité de la communication de l'identité des internautes présumés coupables de contrefaçon – dont on ne conteste pas que de telles informations sont des données à caractère personnel – à un tiers, personne privée,

³⁷ Groupe de travail «article 29» sur la protection des données, avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel», 20 juin 2007.

³⁸ C.J.U.E. (3^e ch.), 24 novembre 2011, *Scarlet c. SABAM*, C-70/10, non encore publié au *Recueil*.

³⁹ Arrêt *Scarlet*, § 51.

⁴⁰ Arrêt *Bonnier*, conclusions de l'avocat général, § 78.

⁴¹ Arrêt *Bonnier*, conclusions de l'avocat général, §§ 42 et 43.

lors d'une procédure civile⁴². Selon la Cour de justice, le fait de mettre à disposition les noms et adresses de certains utilisateurs de réseaux de *peer-to-peer* par un fournisseur d'accès à une organisation de défense des intérêts des auteurs tombe bien dans le champ d'application des directives 95/46/CE et 2002/58/CE⁴³.

La Cour a également confirmé que la communication souhaitée par Bonnier audio e.a. constitue bien un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2, premier alinéa, de la directive 2002/58, lu en combinaison avec l'article 2, sous b), de la directive 95/46 et que dès lors, cette communication relève du champ d'application de la directive 2002/58 (voir, dans le même sens, arrêt *Promusicae*, précité, point 45)⁴⁴.

15. Les adresses IP constituent par conséquent des données à caractère personnel au sens de l'article 2, point a), de la directive 95/46 sur le traitement des données à caractère personnel. Dès lors, «la surveillance des comportements des internautes et la collecte de leur adresse IP équivalent à une interférence dans leur droit au respect de la vie privée et de leurs correspondances»⁴⁵.

Nous verrons au point suivant que la loi belge ne résout pas la problématique de la collecte des adresses IP avant toute introduction d'une action judiciaire, car il est nécessaire que l'atteinte au droit d'auteur soit préalablement constatée par un juge.

IV. LA SITUATION EN BELGIQUE

16. Qu'en est-il plus spécifiquement de la situation dans notre pays? Nous pouvons en effet nous poser la question de l'existence ou

non dans notre droit interne d'une disposition législative similaire à celle contenue dans la loi IPRED suédoise. Nous analyserons dans un premier temps un arrêt de notre Cour de cassation qui, bien que n'ayant pas trait à la propriété intellectuelle comme c'est le cas de l'arrêt de la Cour de justice qui fait l'objet du présent commentaire, a bien anticipé ledit arrêt (A). Nous axerons ensuite notre propos sur l'article 86ter de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (B).

Pointons que l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, qui transpose la directive 2002/58 sur la vie privée et les communications électroniques, interdit d'identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu s'il n'y a pas eu autorisation de la part de la personne concernée. L'article 125 de ladite loi émet un certain nombre d'exceptions à cette interdiction, dont une qui autorise la communication des données d'identification des internautes «si la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés».

A. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2011

17. La Cour de cassation a rendu le 16 juin 2011 un arrêt en matière d'obtention d'informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux – pas uniquement dans le cadre de la lutte contre le partage et le téléchargement illégal d'œuvres sur internet. Cette affaire a été initiée en 2008 suite à la tenue de propos à l'encontre d'une entreprise de construction sur le forum de discussion de Test-Achats. L'identité des auteurs des propos n'étant pas connue sur le forum, l'entreprise en cause a demandé à Test-Achats de produire «les informations en sa possession concernant l'identité, les coordonnées, les adresses TCP/IP et les logs des auteurs

⁴² Arrêt *Promusicae*, § 45.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Arrêt *Bonnier*, § 52.

⁴⁵ CEPD, avis du 22 février 2010 sur les négociations en cours au sein de l'Union européenne pour un accord commercial anti-contrefaçon (ACAC).

des messages litigieux (...)), et ce sur la base de l'article 21 de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects de la société de l'information (ci-après «LSSI»). L'article 21, § 2, alinéa 2 de la loi sur la société de l'information impose aux prestataires intermédiaires de «communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire». Il a été fait droit à cette demande par ordonnance du 30 juillet 2008⁴⁶, qui a par la suite été réformée par l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 octobre 2009⁴⁷, arrêt confirmé par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 juin 2011.

La cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 22 octobre 2009 a jugé que l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI «ne fonde aucun droit subjectif dans le chef d'une personne physique ou morale autre que lesdites autorités, à obtenir les informations en cause, que ce soit directement (...) ou indirectement (...)»⁴⁸. Et à la Cour de cassation de préciser que «cette disposition ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont elle dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation»⁴⁹.

⁴⁶ Comm. Liège (réf.), 30 juillet 2008, *J.L.M.B.*, n° 2009/13, pp. 604 et s.

⁴⁷ Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, n° 2010/38, pp. 95 et s. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. J. FELD, «Forums de discussion: espaces de liberté sous haute responsabilité», *R.D.T.I.*, n° 2010/38, pp. 106 et s. P. 99.

⁴⁹ Pour plus de détails sur cette affaire, voy. le commentaire d'H. JACQUEMIN, «Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux?», *R.D.T.I.*, n° 47/2012, pp. 74 et s.

Nous ne pouvons qu'approuver le raisonnement de la Cour de cassation sur ce point car l'article 21, § 2 de la LSSI n'impose aux prestataires intermédiaires que la communication *aux autorités judiciaires ou administratives* des informations d'identification demandées, et non à toute personne qui s'estimerait victime de propos calomnieux ou diffamatoires.

L'article 21, § 2, alinéa 2 de la LSSI ne permet par conséquent pas à la victime de propos qu'elle estime calomnieux d'introduire une action en réparation civile de son préjudice et, par là, d'exercer efficacement son droit à un recours juridictionnel effectif. Il en va de même pour la victime d'un partage ou d'un téléchargement illégal d'une œuvre dont elle aurait les droits. L'article 86ter de la loi sur le droit d'auteur prend ici toute son utilité en matière de propriété intellectuelle.

B. L'article 86ter de la loi sur le droit d'auteur

18. Comme nous avons eu l'occasion de le voir *supra*, la Cour de justice a autorisé la communication de données à des personnes privées dans cadre d'une procédure civile.

L'article 86ter de la loi sur le droit d'auteur, introduit par la loi du 9 mai 2007, prévoit dans son paragraphe 3 une mesure d'injonction de fournir à la partie qui introduit une action toutes les informations et données relatives à l'origine et aux réseaux de distribution des biens ou services contrefaisants. Cet article est la transposition de l'article 8 de la directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle. L'objectif de ce droit d'information est précisé par le considérant 21 de ladite directive: «obtenir des informations précises sur l'origine des marchandises ou des services contrefaisants, les circuits de distribution et l'identité des tiers impliqués dans l'atteinte».

19. La notion d'intermédiaires visée par cette obligation de communiquer corres-

pond à « toute personne qui a été trouvée en possession de biens contrefaisants à l'échelle commerciale, qui a été trouvée en train d'utiliser des services contrefaisants à l'échelle commerciale ou qui a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes ». La fin de cette définition vise les intermédiaires dont les services sont utilisés par l'auteur de l'atteinte. En conséquence, on peut y inclure les fournisseurs d'accès, les hébergeurs de toute sorte, les prestataires de paiement ou DNS.be. Dans ce dernier cas toutefois, on soulignera que les informations d'identification détenues par DNS.BE sont publiques⁵⁰, ce qui rend une demande d'information à son encontre sans réel intérêt pratique.

Les informations qui peuvent être demandées sont celles de l'article 8 de la directive, c'est-à-dire les noms et adresses des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des marchandises ou des services ainsi que des grossistes et des détaillants, ainsi que les quantités et les prix. En plus d'être adressée à l'auteur de l'atteinte, la mesure peut l'être à l'égard de toute autre personne qui aurait été trouvée « en possession des biens contrefaisants à l'échelle commerciale », « en train d'utiliser des services contrefaisants à l'échelle commerciale », ou « en train de fournir à l'échelle commerciale des services utilisés dans des activités contrefaisantes ». Le but étant la fourniture d'information dans le cadre de la collecte d'éléments utiles en vue d'entamer des poursuites, la personne visée par la mesure ne doit donc pas nécessairement avoir commis l'acte de contrefaçon⁵¹. L'injonction de l'article 86ter ne peut

être ordonnée que lorsqu'il y a eu constatation préalable d'une atteinte par le juge⁵², tel que cela ressort de l'objectif de ce droit, des termes de l'article 8 de la directive que cet article transpose et de son économie générale, même si cela n'est pas expressément mentionné dans la directive⁵³. Ne pas suivre cette interprétation de l'article 8 de la directive reviendrait à glisser du droit d'information vers le droit de la preuve et entraînerait une confusion entre ces notions⁵⁴. Le demandeur ne peut se fonder sur de simples allégations, ce qu'implique la nécessité de justification de la mesure⁵⁵. L'exigence de constatation préalable de l'atteinte par le juge empêche de fait la contestation de la mesure⁵⁶. En plus d'être justifiée, il faut que la mesure soit proportionnée.

20. Au contraire de la loi suédoise, la loi belge ne résout pas la problématique de la collecte des adresses IP avant toute introduction d'une action judiciaire, car il est nécessaire que l'atteinte au droit d'auteur soit préalablement constatée par un juge. En effet, le droit d'information de l'article 86ter ne peut être exercé que dans le cadre d'une action judiciaire, l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle devant être constatée, ce qui empêche tout traitement de données à caractère personnel qui se déroulerait en dehors d'un tel cadre. L'article 8 de la directive rend possible d'exiger une communication de données sur base d'indices réels d'atteinte, et va donc moins loin que la loi belge. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Bonnier* examiné ci-dessus.

⁵⁰ Voy. le registre « whois » dont les données sont accessibles via le site web <http://www.dns.be>.

⁵¹ B. MICHAUX, « Commentaire de l'article 86ter de la LDA », in *Hommage à Jean Corbet. La loi belge sur le droit d'auteur – Commentaire par article*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 472.

⁵² *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 51-2943 et 2944/1, 33.

⁵³ Exposé des motifs du projet de loi relatif aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle, 26 février 2007, *Doc. parl.*, 2943/001, p. 33.

⁵⁴ *Idem*, p. 34.

⁵⁵ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006/07, n° 51-2943 et 2944/1, 114.

⁵⁶ B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 473.

V. CONCLUSION

21. Les contraintes juridiques liées à l'identification des individus qui téléchargent et partagent illégalement les contenus protégés constituent un obstacle significatif dans la lutte contre le piratage sur internet. C'est la raison pour laquelle les ayants droit sont tentés de faire appel aux intermédiaires techniques pour que ceux-ci leur révèlent l'identité des abonnés qui contreviennent au droit d'auteur en partageant ou en téléchargeant des fichiers protégés. Outre la problématique de l'étendue de l'exonération de responsabilité des FAI, une question qui se pose est celle de savoir si les ayants droit après avoir récolté les adresses IP des abonnés à internet peu scrupuleux, peuvent exiger des fournisseurs d'accès ou de tout autre intermédiaire, la communication de telles données à caractère personnel.

22. Dans son arrêt, la Cour de justice a fourni une ligne de conduite à suivre pour qu'une loi nationale – transposant l'article 8 de la directive 2004/48 –, qui prévoirait une injonction de communiquer des données à caractère

personnel au bénéfice des ayants droit envers les fournisseurs d'accès à internet, assure une proportionnalité ainsi qu'un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel⁵⁷. Il ressort de cette ligne de conduite qu'une communication de données peut être exigée sur base d'indices réels d'atteinte, une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne devant donc pas nécessairement être préalablement constatée dans le cadre d'une action judiciaire.

Il ressort de cet arrêt de la Cour qu'il est tout à fait possible pour les ayants droit d'enjoindre aux fournisseurs d'accès à internet de leur communiquer les données d'identification des abonnés internet correspondant aux adresses IP qui auraient été épinglées comme étant à l'origine d'un téléchargement illégal d'œuvres protégées par le droit d'auteur, sous réserve d'un certain nombre d'exigences assurant un juste équilibre entre les droits en cause.

Sandrine HALLEMANS

⁵⁷ Arrêt *Bonnier*, §§ 58-60.