



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 25 mai 2010
JURM(2010) 36

**A MONSIEUR LE PRESIDENT ET A MESDAMES ET MESSIEURS LES
MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE**

OBSERVATIONS ECRITES

Déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne

dans l'affaire C-70/10,

par la **COMMISSION EUROPEENNE**, représentée par Mme Julie SAMNADDA, membre du Service juridique et Mme Cécile VRIGNON, expert national détaché auprès de la Commission, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès de Monsieur Antonio ARESU, membre du Service juridique, Bâtiment BECH, 5 rue A. Weicker, L-2721 Luxembourg,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée, conformément à l'article 267 TFUE par la Cour d'appel de Bruxelles (9^{ème} chambre), dans le litige opposant

la société Scarlet Extended

- appelante et intimée sur incident -

et

la société Belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)

- intimée et appelante sur incident-

concernant l'interprétation de plusieurs dispositions de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JOCE L 167 du 22.6.2001, p.10), de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JOUE L 157 du

30.4.2004, p.45), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JOCE L 178 du 17.7.2000, p.1), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p.31) et de la directive 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 (JO L 201 du 31.7.2002, p.37).

I. Le litige au principal et la question préjudicielle

1. La juridiction de renvoi est appelée à statuer en appel sur un litige opposant la société belge des auteurs compositeurs et des éditeurs (Sabam) et la société Scarlet extended (Scarlet), anciennement dénommée Tiscali. La Sabam est une société privée de gestion collective dont l'objet est la gestion de tous les droits d'auteur en Belgique en tant que mandataire. Ces droits sont notamment le droit de reproduction et de commercialisation, ainsi que le droit de communication au public, y inclus le droit de mise à la disposition du public dans des enregistrements des œuvres musicales. L'activité principale de Scarlet est d'offrir à ses abonnés une connexion d'accès à internet, en leur attribuant une adresse IP (Internet Protocol), le plus souvent dynamique.
2. En juin 2004, la Sabam intente à l'encontre de Scarlet une action en cessation, sur le fondement de l'article 87 § 1er de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et au droit voisin¹ et de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. La Sabam estime que Scarlet, en sa qualité de fournisseur d'accès à Internet, est la mieux placée pour faire cesser les atteintes au droit d'auteur commises par ses clients au moyen de logiciels dits "*peer to peer*" ou de partage de fichiers. Elle demande notamment la mise en place par Scarlet de mesures techniques permettant de "filtrer" et de "bloquer" les fichiers reprenant une œuvre musicale appartenant à son répertoire sans l'autorisation des ayants-droits. Il convient de préciser que Scarlet n'offre pas elle-même ce service de partage de fichiers.
3. Par jugement du 26 novembre 2004, le président du tribunal de première instance de Bruxelles constate l'existence d'une atteinte au droit d'auteur et demande une

¹ Moniteur belge, 27 juillet 1994, p.19297.

expertise avant dire-droit s'agissant de la faisabilité, technique et financière, des mesures dont la Sabam demande l'application.

4. A la suite de cette expertise, et par jugement du 29 juin 2007, Scarlet est condamnée à *"faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004 en rendant impossible toute forme, au moyen d'un logiciel "peer to peer", d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la Sabam, sous peine d'une astreinte de 2.500 € par jour où Scarlet ne respecterait pas le jugement, après l'expiration d'un délai de six mois suivant sa signification"*². Le président du tribunal de première instance préconise plus précisément le recours à la solution de filtrage des contenus proposée par la société *Audible Magic*, alors même que l'expert a indiqué dans son rapport que celle-ci, *"essentiellement destinée au monde éducatif (...) n'est pas dimensionnée pour répondre au volume de trafic d'un FAI"* et qu'il préconisait en conséquence le *"recours aux méthodes d'investigations internes entreprises par l'intérieur d'un réseau peer to peer."*³
5. Scarlet, qui conteste la validité d'une telle solution tant sur le plan technique que sur le plan juridique, a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Bruxelles. Par ailleurs, elle a demandé au président du tribunal de première instance de Bruxelles la suppression ou tout au moins la suspension des astreintes prononcées, en faisant valoir l'impossibilité matérielle ou temporelle dans laquelle elle estime se trouver pour se conformer à l'ordre de cessation. Sa demande est rejetée par jugement du 22 octobre 2008, l'astreinte étant toutefois suspendue jusqu'au 31 octobre 2008. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, qui mentionne ce jugement, le président du tribunal de première instance a reconnu que la solution *Audible Magic* n'a pas pu être mise en oeuvre avec succès, tout en relevant que Scarlet n'a pas expérimenté d'autres solutions de blocage ou de filtrage et qu'elle

² Tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, p.12.

³ La Commission se fonde sur les extraits du rapport de l'expert cités dans le jugement du 29 juin 2007 et dans la décision de renvoi.

n'a donc pas démontré que l'ordre de cessation ne pouvait pas être respecté en recourant à de telles mesures techniques. Ce jugement est devenu définitif⁴.

6. La Cour d'appel de Bruxelles, saisie des jugements des 26 novembre 2004 et 29 juin 2007, s'interroge sur la conformité de l'article 87§1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins avec le droit de l'Union, eu égard aux critiques formulées à cet égard par la société Scarlet. Elle se réfère à l'arrêt *Promusicae* rendu par la Cour de justice le 29 janvier 2008⁵, avec lequel elle relève certaines similitudes, s'agissant notamment des dispositions sur lesquelles portait la demande d'interprétation et de la "*même nécessité de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux*"⁶. Elle souligne toutefois les différences de droit et de fait entre les deux affaires, et notamment le caractère préventif des mesures ordonnées par le juge, ainsi que l'absence de demande de communication du nom et de l'adresse physique de personnes identifiées grâce à l'adresse IP qui leur a permis de se connecter à internet.
7. Dans ce contexte, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé de poser à la Cour de justice les questions suivantes :

"1. Les directives 2001/29 et 2004/48, lues en combinaison avec les directives 95/46, 2000/31 et 2002/58, interprétées notamment au regard des articles 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, permettent-elles aux Etats membres d'autoriser un juge national, saisi dans le cadre d'une procédure au fond et sur la base de la seule disposition légale prévoyant que : « Ils [le juge national] peuvent également rendre une injonction de cessation à rencontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin», à ordonner à un Fournisseur d'Accès à l'Internet (en abrégé FAI) de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, in abstracto et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels peer to peer, en vue

⁴ Voir point 3 de la décision de renvoi.

⁵ Cour de justice, 29 janvier 2008, Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU, C-275/06, Recueil 2008, p. I-00271.

⁶ Voir point 20 de la décision de renvoi.

d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une oeuvre musicale, cinématographique ou audio-visuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête soit à l'occasion de l'envoi ?

2. En cas de réponse positive à la question sub.1, ces directives imposent-elles au juge national, appelé à statuer sur une demande d'injonction à l'égard d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur, d'appliquer le principe de proportionnalité lorsqu'il est amené à se prononcer sur l'efficacité et l'effet dissuasif de la mesure demandée ?"

II. Le cadre juridique

A. Le droit communautaire

8. La juridiction de renvoi se réfère à cinq directives, qui sont dans l'ordre de leur adoption : la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données; la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur; la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur; et la directive 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.
9. Elle n'indique toutefois pas précisément, dans la question proprement dite, les dispositions de ces directives dont elle entend demander l'interprétation à la Cour. La Commission se référera donc à l'argumentation des parties au litige. Compte tenu du très grand nombre de dispositions potentiellement concernées, et afin de ne pas alourdir inutilement ce mémoire, la Commission ne juge pas opportun de les mentionner toutes à ce stade. Elle y fera référence au fur et à mesure dans le corps de ses observations, chaque fois que cela sera approprié. Elle procédera de même pour le droit à la vie privée et la liberté d'expression, auxquels la juridiction

de renvoi fait référence à travers les articles 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme (CEDH).

B. Le droit national

10. Aux termes de l'article 87 §1^{er} de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, dans sa version initiale : "*Sans préjudice de la compétence du tribunal de première instance, le président de celui-ci constate l'existence et ordonne la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin. / L'action est formée et instruite sous les formes du référé. / Il est statué sur l'action nonobstant toute poursuite exercée en raison des mêmes faits devant une juridiction pénale. / Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution, sauf si el juge a ordonné qu'il en serait fourni une. / L'action est formée à la demande de tout intéressé, d'une société de gestion autorisée, ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile./ Outre la cessation de l'acte litigieux, le président peut ordonner selon la manière qu'il jugera appropriée, la publication de tout ou partie du jugement, aux frais du défendeur."*

11. Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle⁷, qui, avec la loi du 9 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle⁸, a transposé en droit belge la directive 2004/48 du 29 avril 2004. L'article 87 §1^{er} est désormais libellé de la façon suivante : "*Le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, constatent l'existence et ordonnent la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin Ils peuvent également rendre une injonction de cessation à l'encontre*

⁷ Moniteur belge, 10 mai 2007, p.25694 (voir erratum publié au MB du 14 mai 2007, p.26121).

⁸ Moniteur belge, 10 mai 2007, p.25704 (voir erratum publié au MB du 15 mai 2007, p.26677).

des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin (...)".

12. Par ailleurs, l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques⁹ dispose que : "*S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut : / 1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement; / 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu; / 3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne; / 4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non.*"

III. Appréciation juridique

A. Cadre général

13. La demande de décision préjudicielle formulée par la Cour d'appel de Bruxelles s'inscrit dans un contexte général caractérisé par une augmentation croissante des phénomènes de piratage des œuvres musicales ou cinématographiques par les réseaux de *peer to peer*.
14. Le *peer to peer* est un système d'échange et de partage de fichiers entre internautes. Le principe de ce système est de mettre directement en relation un internaute, qui cherche un fichier, avec un autre internaute qui possède ce fichier et qui est disposé à le partager. Cet échange peut être réalisé selon une méthode centralisée, grâce à un serveur qui possède la liste des fichiers partagés et qui

⁹ Moniteur belge, 20 juin 2005, p.28070.

oriente les internautes qui cherchent l'un de ces fichiers¹⁰, ou plus fréquemment selon une méthode décentralisée. Dans ce dernier cas, les ordinateurs participant au système sont reliés entre eux par des réseaux « poste à poste », chacun étant à la fois source et destinataire de données. Le logiciel *peer to peer*, préalablement téléchargé par l'internaute, transmet la demande de fichier (un morceau de musique par exemple) à tous les ordinateurs connectés à ce moment. Lorsque le fichier recherché est trouvé sur l'un de ces ordinateurs, le processus de copie s'effectue. Lors de cette mise en relation, aucun des participants ne sait avec qui il entre en contact, ni où se trouve l'autre participant, ni avec quel ordinateur il travaille¹¹.

15. L'autre caractéristique du *peer to peer* est qu'au-delà de ses nombreuses utilisations licites, il est très largement utilisé pour télécharger des fichiers piratés, logiciels, DVD ou morceaux de musique par exemple. Dans un arrêt du 27 juin 2005 qui concernait deux éditeurs de logiciels de *peer to peer*, Grokster et StreamCast, la Cour suprême américaine avance le chiffre de 90% d'utilisations illicites¹².

a) La multiplication des actions en justice

16. Face à ces phénomènes, des actions en justice ont tout d'abord été engagées, d'une part, contre des sociétés éditrices de logiciels *peer to peer*, au niveau international en Australie, au Canada et aux Etats-Unis, ainsi que dans certains Etats Membres comme les Pays-Bas et, d'autre part, contre des particuliers s'étant rendu coupables de téléchargement illégal.

17. Dans ce cadre, les ayants-droits ou leurs mandataires ont été conduits à demander aux fournisseurs d'accès à internet la communication des noms et adresses

¹⁰ Cette méthode était utilisée par Napster, qui a été démentelé suite à sa condamnation pour complicité de contrefaçon par une cour d'appel américaine : US Court of Appeal for the ninth Circuit, 12 février 2001, *A&M Record, Inc. v. Napste, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (Ninth Circuit, 2001).

¹¹ La Commission renvoie sur cette question au point 33 de ses observations dans l'affaire du 19 février 2009, *LSG c/ Télé 2*, C-557/07, para. 46, Rec. 2009, p. I-01227.

¹² Cour suprême des Etats-Unis, 27 juin 2005, *MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd*, 545 U.S. 913 (2005), page 10.

physiques d'utilisateurs soupçonnées d'avoir enfreint la législation nationale sur le droit d'auteur. Ces utilisateurs peuvent en effet être identifiés à partir du jour et de l'heure de connexion, et de l'adresse IP qui leur a été attribuée à ce moment par le fournisseur d'accès à internet. Cela est rendu possible par le fait que ces adresses IP sont stockées par le fournisseur d'accès à internet à des fins de facturation ou de protection des infrastructures de réseau et des utilisateurs contre des logiciels nuisibles, ou encore de protection de ces mêmes utilisateurs contre l'utilisation frauduleuse de leurs droits d'accès. C'est précisément une action de ce type qui a conduit à la saisine de la Cour de justice dans l'affaire *Promusicae*.

18. Si elle est également dirigée vers un fournisseur d'accès à internet, l'action en cessation intentée par la Sabam à l'encontre de Scarlet est d'une nature très largement différente. La Sabam ne demande pas à Scarlet de communiquer les noms et adresses physiques de personnes soupçonnées d'infractions à la législation sur le droit d'auteur mais de mettre en place un système qui permettrait d'intervenir en amont, en bloquant les communications *peer to peer* reprenant une œuvre musicale sans l'autorisation des ayant-droits. Le premier cas, qui est celui de *Promusicae*, s'inscrit dans un cadre très clairement répressif, en vue de l'engagement de poursuites pour des infractions au droit d'auteur, alors que dans le second, l'idée est de prévenir la commission de telles infractions. Il y a donc une différence de niveau et de nature entre ce qui était demandé au fournisseur d'accès dans l'affaire *Promusicae*, et entre ce qui est demandé à Scarlet dans la présente affaire.

b) Le développement de mesures techniques

19. Dans tous les cas, la preuve de l'existence d'une infraction à la législation sur le droit d'auteur a été rendue possible grâce à des mesures techniques développées par des sociétés spécialisées dans la lutte contre le piratage sur internet, en particulier par les mesures dites d'identification, qui permettent de contrôler l'accès aux œuvres déjà distribuées en ligne (cryptage ou marquage, avec systèmes de *tracking* qui permettent de repérer les adresses IP des utilisateurs).

Ces mesures permettent en particulier de repérer les flux illicites par observation externe et d'identifier les adresses IP des contrevenants.¹³

20. Ces mesures techniques permettent la mise en place de nombreux systèmes de filtrage et de blocage, qui fonctionnent de manière différente et qui peuvent être mis en œuvre sur des réseaux dont la taille et les caractéristiques techniques peuvent varier. Globalement, le filtrage peut porter sur les URL (Uniform Resource Locator) ou les adresses IP, les ports, les protocoles ou encore sur les contenus. Il peut être réalisé au niveau du "poste client", sur le réseau du fournisseur d'accès à internet ou à la frontière entre deux réseaux (points de *peering*).
21. Enfin, il convient de relever que les fournisseurs d'accès à internet ont volontairement mis en place des systèmes de filtrage, en particulier dans le cadre de la lutte contre les logiciels espions (*malware*) et le courrier indésirable (*spam*). En dépit des perturbations qu'ils peuvent parfois engendrer, ces systèmes semblent être bien acceptés par l'opinion publique.

B. Réponse aux questions posées par la Cour d'appel de Bruxelles

22. En substance, la Cour d'appel de Bruxelles cherche à savoir si l'injonction faite à la société Scarlet par le président du tribunal de première instance, sur le fondement de l'article 87 §1er de la loi du 30 juin 1994, est ou non contraire au droit de l'Union européenne.
23. La Commission souligne le caractère très général des questions posées, et notamment de la première d'entre elles. La juridiction de renvoi mentionne cinq directives, sans préciser celles des dispositions de ces directives dont elle entend demander l'interprétation. Elle fait par ailleurs référence aux droits fondamentaux que sont la protection de la vie privée et la liberté d'expression, mais sans

¹³ En France, le Conseil d'Etat a ainsi validé la mise en place par quatre sociétés d'auteurs d'un traitement informatique facilitant le repérage et la surveillance des réseaux *peer to peer* par leurs agents assermentés. Conseil d'Etat, 23 mai 2007, SACEM et autres, n°288149, 288150, 288215 et 288449, conclusions Célia Vérot.

expliquer en quoi cette référence serait, en l'espèce, pertinente. Enfin, s'agissant de la protection des données à caractère personnel, la Cour d'appel de Bruxelles part de la prémisse, non explicitée, qu'il existe en l'occurrence une ingérence dans la vie privée. Elle se réfère à ce titre longuement à l'arrêt *Promusicae*, tout en soulignant que cet arrêt concerne une situation différente de celle en cause dans cette affaire.

24. En référence à cette affaire *Promusicae*, la Commission croit comprendre que la Cour d'appel de Bruxelles s'interroge, selon un raisonnement similaire à celui du Juzgado de lo Mercantil n°5 de Madrid, décrit par la Cour au point 43 de son arrêt, sur la possibilité pour un juge national de prononcer à l'encontre d'un fournisseur d'accès à internet une injonction telle que celle en cause au principal, compte tenu, d'une part, des règles relatives à la protection effective de la propriété intellectuelle, et en particulier du droit d'auteur et, d'autre part et le cas échéant, des règles concernant la protection des données personnelles.

25. La Commission s'attachera à décrire le cadre juridique de l'Union dans lequel s'inscrit cette interrogation, au regard des directives qui sont mises en oeuvre à travers la législation nationale, à savoir les directives 2001/29, 2004/48 et 2000/31 d'un côté, et des directives 2002/58 et 95/46 de l'autre. Elle abordera en dernier lieu la question des droits fondamentaux.

1. Les règles relatives à la protection effective du droit d'auteur

1.1 Le cadre juridique mis en place par les directives 2001/29, 2004/48 et 2000/31

26. Ainsi que l'a rappelé la Cour au point 57 de son arrêt *Promusicae*, les directives 2001/29 et 2004/48, mais aussi les dispositions pertinentes de la directive 2000/31, qui a été élaborée en même temps que la directive 2001/29, visent à ce que les Etats membres assurent, notamment dans la société de l'information, la protection effective de la propriété intellectuelle, et en particulier du droit d'auteur. C'est donc à ces trois directives qu'il convient de se référer pour comprendre le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette protection.

a) Objectifs

27. Comme l'indique son article 1^{er}, paragraphe 1, la directive 2001/29 porte sur la protection juridique du droit d'auteur et des droits voisins dans le cadre du marché intérieur, notamment en ce qui concerne la société de l'information. Il est souligné au considérant 9 de cette directive que toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé. Le considérant 22 indique qu'une "*promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées*".
28. Dans cette optique, l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2001/29 prévoit que les Etats membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une « ordonnance sur requête » soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. A la différence de la directive 2004/48, la directive 2001/29 ne fait pas expressément de différence entre les mesures provisoires et ou conservatoires d'une part, et les injonctions définitives d'autre part.
29. L'objectif de la directive 2004/48 était de mettre en place des mécanismes permettant d'assurer, sur l'ensemble du territoire de l'Union, la protection effective de la propriété intellectuelle y inclus le droit d'auteur. Cette seconde directive vise donc, comme le rappelle son dixième considérant, à rapprocher les législations des Etats membres afin d'assurer un niveau de protection élevé, équivalent et homogène de la propriété intellectuelle dans le marché intérieur.
30. Comme l'a d'ailleurs rappelé la Cour au point 60 de ses conclusions dans l'affaire *Promusicae*, les dispositions de la directive 2004/48 doivent être interprétées, dans la mesure du possible, à la lumière des dispositions des articles 41 et 42 de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), accord qui figure à

l'annexe 1 C de l'accord de Marrakech instituant l'OMC¹⁴. Ces dispositions exigent la protection effective de la propriété intellectuelle et l'institution de droits de recours juridictionnels pour faire respecter cette dernière.

31. L'article 1^{er} de la directive 2004/48 précise qu'elle concerne les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Elle s'applique à toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle prévue par la législation communautaire et/ou la législation de l'Etat membre concerné, sans préjudice des dispositions particulières concernant le respect des droits et les exceptions prévues par la législation communautaire dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, et notamment de la directive 2001/29 et de son article 8, paragraphe 3, en particulier¹⁵. Le considérant 23 rappelle à ce titre qu'en ce qui concerne les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, un niveau élevé d'harmonisation est déjà prévu par la directive 2001/29.
32. L'article 2, paragraphe 3, précise par ailleurs que la directive 2004/48 n'affecte pas, entre autres, les dispositions communautaires régissant le droit matériel de la propriété intellectuelle, la directive 95/46 et la directive 2000/31, en particulier ses articles 12 à 15 relatifs à la responsabilité des prestataires intermédiaires¹⁶.
33. S'agissant de la directive 2000/31, la Commission rappelle au préalable que celle-ci a été élaborée en même temps que la directive 2001/29. Les considérants 45 et 50 de la directive 2000/31/CE, ainsi que le considérant 16 de la directive 2001/29, sont révélateurs de cette volonté du législateur de l'Union d'assurer la cohérence entre les dispositions relatives à la protection effective du droit d'auteur et celles concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires au sens de la directive sur le commerce électronique. Cette même volonté de cohérence ressort également de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Promusicae*, s'agissant de

¹⁴ L'accord de Marrakech a été approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), JO L 336, p.1.

¹⁵ Directive 2004/48/EC, article 2, paragraphes 1 et 2, articles 9 et 11, considérant 13 et considérant 16.

¹⁶ Directive 2004/48/EC, article 2, paragraphe 3, et considérant 15.

la nécessité pour les autorités et juridictions nationales d'assurer un équilibre entre les différents droits fondamentaux en jeu lors de la transposition ou de l'interprétation de ces directives.

34. Les articles 12 à 14 de la directive 2000/31 organisent la "*responsabilité des prestataires intermédiaires*", dont les fournisseurs d'accès à internet. Elles font à ce titre une très nette distinction entre, d'une part, les exonérations de responsabilité dont bénéficient, sous certaines conditions, ces prestataires intermédiaires au regard des informations qu'ils transmettent ou stockent sur leurs réseaux et, d'autre part, la possibilité pour une juridiction ou une autorité administrative d'un Etat membre d'exiger de ce prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation. Par ailleurs, l'article 15 de la directive, lu conjointement avec son considérant 47, pose le principe d'une absence d'obligation générale en matière de surveillance en dehors de cas spécifiques, principe sur lequel la Commission reviendra plus tard.

b) Instruments

35. S'agissant plus particulièrement des sanctions et mesures qui doivent être mises en place, ces directives opèrent une harmonisation, qui porte sur deux éléments essentiels.

36. Le premier concerne la nature des actions auxquelles les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés doivent pouvoir recourir. Ces actions peuvent se classer en trois grandes catégories : les dommages et intérêts, les mesures correctives et les différentes mesures d'ordonnance ou d'injonction. On peut regrouper cette troisième catégorie sous le terme anglais de *injunctive relief*, qui désigne toutes les mesures prises à titre provisoire / conservatoire (notamment pour assurer la conservation des preuves) ou à titre définitif.

37. Dès lors que c'est surtout à ce niveau que les disparités entre Etats membres étaient les plus fortes, les deux directives ont mis l'accent sur l'importance de ces

injonctions¹⁷. Le considérant 24 de la directive 2004/48 dispose ainsi que « *selon les cas et si les circonstances le justifient, les mesures, procédures et réparations à prévoir devraient comprendre des mesures d'interdiction, visant à empêcher de nouvelles atteintes aux droits de propriété intellectuelle (...)* ».

38. On retrouve la même logique dans le considérant 58 de la directive 2001/29, qui insiste sur la nécessité de garantir l'efficacité des sanctions. C'est dans cette optique qu'il faut entendre, de façon plus large que dans son acception stricte, l'expression « *ordonnance sur requête* », reprise à l'article 8, paragraphes 2 et 3 de la directive¹⁸.

39. A ce titre, il convient de relever que tant l'article 9 que l'article 11 de la directive 2004/48 font référence à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Plus encore, la rédaction de l'article 11 de la directive 2004/48 est, sur ce point, identique à celle de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29. Plus généralement, la comparaison des différentes versions linguistiques¹⁹ montre bien qu'en réalité, l'objectif poursuivi par le législateur était la mise en place d'injonctions en général et de mesures conservatoires en particulier, rapides et efficaces, prononcées par une formation collégiale ou par un juge statuant seul, si nécessaire sans procédure contradictoire (notamment pour la conservation des preuves). L'article 8, paragraphe 3, couvre ainsi l'ensemble de ces mesures, et notamment les « *actions en cessation* », comme celle en cause au principal.

40. Ces actions sont d'ailleurs expressément mentionnées au considérant 45 de la directive 2000/31, qui dispose que « *Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont*

¹⁷ Voir les considérants 7 à 9 de la directive 2004/48, et les dispositions précitées de l'ADPIC.

¹⁸ En droit français, l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement, définie de façon générale à l'article 493 du code de procédure civile. L'article L.343-2 du code de propriété intellectuelle prévoit que "(...) La juridiction civile compétente peut également ordonner toutes mesures urgentes sur requête lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur. / La juridiction peut interdire la poursuite des actes portant prétendument atteinte aux droits du producteur de bases de données (...)".

¹⁹ *Medidas cautelares* en espagnol, *gerichtliche Anordnung* en allemand, *injunction* en anglais, *provvedimento inibitorio* en italien.

sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

41. Le deuxième apport essentiel des directives 2001/29, 2004/48 et 2000/31 est en effet d'obliger les Etats membres dans lesquels cela ne serait pas déjà le cas à prévoir la possibilité pour le juge compétent de prononcer des injonctions à l'encontre d'intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou de propriété intellectuelle. La particularité de ces dernières injonctions, prévues à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 et aux articles 9 et 11 de la directive 2004/48, est qu'elles peuvent être prononcées alors même que l'intermédiaire n'est pas responsable, en tant qu'auteur ou co-auteur, de la violation à laquelle il s'agit de mettre fin. En cela, elles sont différentes des injonctions traditionnellement dirigées contre les auteurs d'une infraction. La différence faite, à cet égard, entre les articles 8, paragraphe 1 et 2 d'une part, et 8, paragraphe 3 d'autre part, de la directive 2001/29, est significative.
42. Comme le relève le législateur communautaire au considérant 59 de la directive 2001/29, la volonté de généraliser un tel dispositif s'explique par le fait que "*dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes*". Cela présuppose que les intermédiaires ont la possibilité d'agir, notamment via certaines mesures techniques, sur les contenus illicites. En cas de violation dont ils auraient connaissances, ils doivent exercer cette action. Ils ont alors une sorte d'obligation non pas de résultat (ils ne seront pas tenus pour responsables d'atteintes au droit d'auteur qui seraient tout de même commises) mais de moyens (ils doivent faire ce qui est en leur pouvoir pour contribuer, même modestement, à la diminution de ces atteintes). S'ils ne mettent pas en
-

œuvre ces possibilités de contrôle, leur responsabilité pourra être engagée à ce titre.

43. D'une certaine manière, ce n'est pas l'action, mais l'inaction qui est ainsi "sanctionnée". Les articles 12, paragraphe 3, 13, paragraphe 2, et 14, paragraphe 3, de la directive 2000/31 sont très clairs en ce qui concerne cette possibilité pour un juge d'exiger d'un prestataire intermédiaire qu'il mette fin à une violation ou qu'il la prévienne, alors même qu'il entre dans l'un des cas d'exonération de responsabilité prévu par ces dispositions.
44. A ce titre, il y a lieu de préciser que, contrairement à ce que semble penser Scarlet, l'injonction qui peut être faite par un juge à un fournisseur d'accès à internet de filtrer les communications *peer to peer* illicites ne constitue pas une « sélection » ou une « modification » de ces informations, au sens de l'article 12, paragraphe 1, sous b) et c) de la directive 2000/31, et n'est donc pas susceptible de le rendre responsable à ce titre des informations qu'il transmet.
45. C'est d'ailleurs au regard de cette dissociation entre « responsabilité » et « injonction » que la Cour de justice a jugé, dans son arrêt *LSG* précité²⁰, qu'alors même qu'ils se limitent à procurer aux utilisateurs l'accès à l'Internet, sans proposer d'autres services tels que, notamment, des services de courrier électronique, de téléchargement ou de partage de fichiers ni exercer un contrôle de droit ou de fait sur le service utilisé, les fournisseurs d'accès doivent être considérés comme des "intermédiaires" au sens de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29²¹.

²⁰ Voir note de bas de page n°11.

²¹ La Commission relève que, dans un arrêt rendu le 12 mai 2010, le *Bundesgerichtshof* a opéré une distinction similaire²¹. Il a enjoint au propriétaire d'un réseau Wi-Fi non sécurisé, à travers lequel une tierce personne avait téléchargé des fichiers sans le consentement des ayant-droits, de prendre les précautions nécessaires pour éviter un tel usage de son réseau. En revanche, la juridiction allemande a considéré qu'il n'était pas responsable de l'infraction ainsi commise ("Störer" mais pas "Täter"), et a rejeté de ce fait la demande de dommages et intérêts de la demanderesse.

c) Compétence des Etats membres

46. Les Etats membres restent seuls compétents pour déterminer le champ d'application *ratione materiae* et *ratione temporis* de telles actions et injonctions. Cela est d'ailleurs très clairement rappelé au considérant 59 de la directive 2001/29 : "*les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des Etats membres*". De la même façon, il est indiqué au considérant 23 de la directive 2004/48 que "*les conditions et procédures relatives à une telle injonction devraient relever du droit national des Etats membres*". L'harmonisation recherchée par les deux directives porte sur les instruments qui doivent être mis par chaque Etat membre à disposition des ayants-droits dont les intérêts sont lésés mais pas sur la façon dont ces instruments sont mis en œuvre par les autorités compétentes.
47. Il y a lieu de préciser que l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 n'a fait l'objet de mesures spécifiques de transposition que dans certains Etats membres (Autriche, Grèce, Lettonie, Chypre, Espagne, Royaume-Uni et Finlande). Pour les autres Etats membres, dont la Belgique, il a donc été considéré que cet article était déjà mis en œuvre par les dispositions nationales existantes²².
48. A ce titre, la Commission relève que lorsque le président du tribunal de première instance de Bruxelles s'est prononcé pour la première fois, le 26 novembre 2004, il a expressément relevé que "*la directive 2001/29 n'a pas encore été transposée en droit belge alors que le délai de transposition est expiré (...)*". Dans ces conditions, "*il appartient au tribunal de céans d'interpréter l'article 87§1^{er} de la LDA à la lumière du texte et de la finalité de l'article 8.3 de la directive 2001/29 et ce afin d'atteindre les résultats visés par celle-ci (...)*". Le magistrat ajoute plus loin que "*l'article 8.3 de la Directive n'a pas été transposé dans le projet de loi du 17 mai 2004, ce qui laisse présumer que, pour le législateur belge, l'arsenal*

²² Voir la seconde partie du rapport de mise en œuvre de la directive 2001/29 réalisé par l'Institut voor Informatierecht (IVR) et le Queen Mary Intellectual Property Research Institute, disponible uniquement en anglais sur le site de la DG Markt : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf.

juridique contient déjà les dispositions permettant l'exercice du recours visé dans ladite disposition" (souligné par nous).

49. La loi du 22 mai 2005, qui a finalement transposé la directive 2001/29, n'a effectivement pas modifié l'article 87§1^{er} de la loi du 30 juin 1994. Il faudra attendre l'intervention de la loi précitée du 10 mai 2007, qui transpose la directive 2004/48, pour que la possibilité pour le juge de prononcer une injonction de cessation à l'encontre d'un intermédiaire soit expressément mentionnée (voir points 10 et 11 ci-dessus). Ce qui en soit ne signifie pas nécessairement que cette possibilité n'existait pas implicitement, comme en a jugé le président du tribunal de première instance de Bruxelles.
50. Quoi qu'il en soit, c'est donc au regard de la loi belge et de l'interprétation qui en a été faite par le juge de première instance que la juridiction de renvoi doit en tout premier lieu apprécier la possibilité pour ce juge de formuler une injonction du type de celle sur la validité de laquelle elle est appelé à statuer.

d) L'encadrement de cette compétence

51. La compétence des Etats membres, s'agissant de la possibilité pour un juge national de formuler une telle injonction, n'est toutefois pas illimitée. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/48 dispose que les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être excessivement coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés. Il est ajouté au deuxième paragraphe que ces mêmes mesures, procédures et réparations doivent 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.
52. Ces dispositions, qui ont un caractère général, s'appliquent également aux mesures visées à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29, auxquelles renvoient les articles 9 et 11 de la directive 2004/48. Selon la Commission, elles posent les

principes d'un contrôle particulièrement poussé, qui va au-delà du test classique de proportionnalité qui fait l'objet de la seconde question de la juridiction de renvoi.

53. Cette particularité s'explique fort logiquement par le fait que les mesures en cause interviennent en l'absence de responsabilité de l'intermédiaire. Celui-ci ne doit donc pas, par la nature et l'ampleur des obligations mises à sa charge, être d'une certaine façon "sanctionné" pour des atteintes au droit d'auteur qu'il n'a pas commises et pour lesquelles sa responsabilité n'est pas engagée.

1.2 Compatibilité avec ce cadre juridique d'une injonction de la nature de celle en cause au principal

54. **En premier lieu**, la Commission insiste sur le fait que les directives 2001/29 et 2004/48 n'interdisent pas par principe à un juge d'enjoindre à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place un système de filtrage afin de bloquer les communications *peer to peer* qui porteraient atteinte à un droit d'auteur, et ce alors même qu'à l'évidence, une telle mesure n'était pas envisagée à la date à laquelle les deux directives ont été adoptées. A l'époque, le législateur avait plutôt en tête des mesures comme le retrait d'informations illicites ou le blocage de l'accès à ces informations (*notice and take down*), qui n'impliquent qu'une action limitée de la part des intermédiaires. Mais la situation a évolué depuis lors, avec l'apparition de nouvelles mesures techniques de surveillance.

55. Ces nouvelles techniques, dont le législateur de l'Union avait d'ailleurs expressément encouragé le développement, sur une base volontaire²³, sont destinées à éviter que les infractions ne se produisent, et non pas seulement à les faire cesser une fois qu'elles ont eu lieu. Sous réserve de leur faisabilité technique et juridique, qui fait en partie l'objet de la présente affaire, elles présentent l'avantage d'éviter la multiplication d'actions en justice, avec des mesures et sanctions qui peuvent parfois être très lourdes. Plus englobantes, de par leur

²³ Voir le considérant 40 de la directive 2000/31/CE.

caractère préventif et généralisé, ces mesures pourraient donc finalement apparaître moins intrusives et moins lourdes de conséquences pour les utilisateurs.

56. A ce titre et **en deuxième lieu**, la Commission est d'avis que les dispositions de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31 ne font pas obstacle, par elles mêmes, à ce qu'un juge enjoigne à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place un système de filtrage et de blocage des communications *peer to peer* qui violent un droit d'auteur²⁴.

57. D'une part, parce que l'objet d'un système de filtrage n'est pas de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites, mais uniquement de bloquer, de façon automatique, certaines informations transmises sur le réseau. S'il peut éventuellement constituer un instrument dans le cadre d'une action de surveillance, par le fournisseur d'accès à internet, de son réseau, il ne se confond pas avec elle. La notion de surveillance va au-delà de la seule mise en place d'un système de filtrage et de blocage, et présuppose, plus généralement et d'autre part, l'idée d'une responsabilité du prestataire intermédiaire si des contenus illicites continuent de circuler en dépit de ses efforts.

58. L'interdiction d'une « obligation générale en matière de surveillance » posée par les dispositions de l'article 15 de la directive ne porte donc pas sur le filtrage proprement dit, mais sur les éventuelles conséquences qui pourraient y être rattachées s'agissant de la responsabilité du prestataire. Avec ou sans filtrage, celui-ci ne saurait être tenu pour responsable des informations transmises ou stockées, en-dehors des cas précis et circonscrits mentionnés dans les articles 12 à 14.

59. S'agissant de la distinction qui doit ainsi être faite entre « filtrage » et « surveillance », il convient de relever qu'aux termes du considérant 40 de la

²⁴ La question de la compatibilité de l'article 87§3 avec ces dispositions de la directive 2000/31/CE n'est pas explicitement soulevée par la juridiction de renvoi qui, ainsi que la Commission l'a déjà relevé, s'interroge plus particulièrement sur celle liée à la protection des données. Mais dès lors qu'il s'agit là d'un point important de l'argumentation développée par Scarlet²⁴, la Commission estime nécessaire de s'y attarder.

directive 2000/31 : " (...) *Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et de surveillance rendus possibles par les techniques numériques (...)*". Non seulement le législateur n'a pas interdit l'usage de « systèmes techniques de surveillance », mais il en encourage même le développement et la mise en œuvre. Simplement, cette "surveillance technique" ne peut pas avoir comme corollaire une "obligation en matière de surveillance" au sens de l'article 15 de la directive.

60. L'injonction de cessation prononcée par le président du tribunal de première instance de Bruxelles ne saurait donc avoir pour effet de rendre responsable Scarlet de la persistance, en dépit de la mise en place d'un système de filtrage selon les modalités définies par le jugement, des violations qu'il s'agit d'essayer de prévenir. Une telle imputation de responsabilité s'apparenterait en effet à une "obligation générale de surveillance" et serait contraire aux dispositions de l'article 15 de la directive 2000/31.
61. En tout état de cause, à supposer que le filtrage des communications *peer to peer* soit assimilable à une obligation de surveillance au sens des dispositions de l'article 15 de la directive 2000/31, il convient de relever que celles-ci doivent être lues en conjonction avec le considérant 47 de la directive. Ce dernier précise que l'interdiction pour les Etats membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut pas pour les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique, et ne fait notamment pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale. L'injonction faite par un juge à l'encontre d'un prestataire intermédiaire, dans le cadre d'une action en cessation de violations au droit d'auteur qui ont été constatées, entre dans ce cadre. Cela est d'ailleurs cohérent avec les dispositions précitées des articles 12, paragraphe 3, 13, paragraphe 2, et 14, paragraphe 3, de la directive.
-

62. Il reste toutefois à savoir si une telle injonction pourrait, compte tenu de sa nature très générale et des obligations qu'elle impose au fournisseur d'accès à internet auquel elle s'adresse, faire peser sur ce dernier une « obligation générale en matière de surveillance » au sens de l'article 15 de la directive, alors même qu'elle intervient dans un cas spécifique.

63. Selon la Commission, cela pourrait éventuellement être le cas en l'absence de tout encadrement de la mesure dont la mise en place a été ainsi ordonnée, s'agissant tant des modalités selon lesquelles la mesure doit être mise en oeuvre que de son champ d'application dans le temps. Cette question renvoie à celle de la proportionnalité d'une part, qui sera abordée en détails plus avant, en réponse à la deuxième question posée par la juridiction de renvoi (points 81 et suivants), et à celle de la protection des données à caractère personnel d'autre part, qui fait l'objet des développements qui suivent.

64. Dans tous les cas, comme la Commission l'a déjà souligné, il est nécessaire de bien distinguer la mesure technique de filtrage proprement dite d'une éventuelle obligation d'information ou de communication aux autorités compétentes, à la demande de celles-ci, au sens de l'article 15, paragraphe 2 de la directive 2000/31. Comme on va le voir, le filtrage n'implique en effet pas en lui-même la communication de données à caractère personnel à un tiers.

2. Les règles relatives à la protection des données à caractère personnel et à la confidentialité des communications

65. Dans son arrêt *Promusicae*, la Cour a considéré que la directive 2002/58 n'exclut pas la possibilité, pour les Etats membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère personnel, en l'occurrence les noms et adresses d'internautes identifiés à partir des adresses IP qui leur avaient été attribuées par le fournisseur d'accès à internet lors des connexions litigieuses. S'agissant d'une situation dans laquelle aucune communication de données personnelles n'est requise, le même raisonnement s'applique *a fortiori*. La directive 2002/58 ne fait donc, en tout état de cause, pas

obstacle à une mesure telle que celle en cause au principal, sous réserve du respect des principes fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire et des autres principes généraux du droit, tels que le principe de proportionnalité.

66. Par ailleurs, il semble à la Commission qu'avant même d'aborder cette question de la proportionnalité et de la balance qui doit être faite entre les différents droits fondamentaux, il convient de s'interroger sur la pertinence, dans le cas d'espèce, de la référence qui est faite à la directive 2002/58. Il n'est en effet pas certain que la mise en place d'un système de filtrage implique un "traitement" de données à caractère personnel au sens de cette directive et de la directive 95/46.

a) Champ d'application de la directive 2002/58

67. La directive 2002/58 s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux de communication publics de l'Union européenne. Elle pose dans son article 5 le principe selon lequel les Etats membres doivent garantir la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que des données au trafic y afférents. Le stockage de telles données est interdit, sauf dans les cas prévus à l'article 15, paragraphe 1 de la directive et pour le stockage technique nécessaire à l'acheminement d'une communication. Les données relatives au trafic qui sont nécessaire pour établir les factures des abonnés peuvent être traitées dans les conditions fixées par l'article 6 de la directive.

68. Il n'apparaît pas clairement dans la décision de renvoi dans quelle mesure la mise en place d'un système de filtrage porterait atteinte à la confidentialité des communications et / ou emporterait le traitement de données relatives au trafic.

69. Selon la Commission, la réponse à cette question dépend essentiellement de la nature du système de filtrage et des modalités techniques de sa mise en œuvre. Si le critère utilisé est l'œuvre elle-même, on parle de filtrage de contenus. Si ce

critère est l'adresse où cette œuvre est accessible, il s'agit de filtrage d'adresses (URL ou IP). Si le critère est le mécanisme par lequel l'oeuvre est transmise sur le réseau, il s'agit de filtrage de port, de filtrage comportemental ou de filtrage de protocole. La solution *Audible Magic* appartient à la première de ces catégories (filtrage du contenu).

70. Un premier élément, particulièrement pertinent au regard de la protection des données, est lié au fait de savoir si le filtrage nécessite ou non une analyse allant au-delà des seules « enveloppes » que les fournisseurs d'accès à internet ont la charge d'effectuer pour acheminer les communications, et si elles portent donc sur le « contenu » de ces communications. Un tel système est susceptible de poser question au regard de « l'intrusion » qu'il opère ainsi dans ces « contenus », notamment lorsque l'échange de fichier intervient non pas dans le cadre d'un réseau *peer to peer* traditionnel, mais par messagerie instantanée ou par *peer to mail*. Cette dernière technique fonctionne selon un principe identique à celui du *peer to peer*, mais les fichiers musicaux sont envoyés en pièces jointes comme de simples fichiers Word attachés à un courrier électronique.
71. S'il apparaît que, pour identifier les fichiers dont il doit bloquer l'envoi ou la transmission, le système doit "filtrer" l'ensemble des messages envoyés par voie électronique, la question pourrait se poser de savoir s'il existe, compte tenu de la nature et du degré de "l'intrusion" opéré par le système dans le contenu des messages qu'il filtre, une « écoute », une « interception » ou une « surveillance » des communications électroniques au sens de l'article 5 de la directive 2002/58.
72. Toutefois, la Commission tient à souligner que les dispositions de la directive 2002/58 relatives à la confidentialité visent, dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel, à s'assurer que « personne » d'autre que l'utilisateur concerné n'ait accès à ces données personnelles sans son consentement et ne puisse les utiliser à des fins autres, légales ou non. C'est sans doute en référence à cette volonté, de la part d'une « personne » physique ou morale, d'accéder au contenu d'une communication électronique et aux données à

caractère personnel qu'elle contient ou qu'elle implique, afin d'utiliser ces données, qu'il convient d'envisager les notions précitées d'écoute, d'interception et de surveillance. Cette notion d'intentionnalité se retrouve d'ailleurs très clairement à l'article 124 de la loi belge du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (voir point 12 ci-dessus).

73. Dans son arrêt *Promusicae*, la Cour a d'ailleurs associé l'interception ou la surveillance des communications sans le consentement des utilisateurs à une utilisation non autorisée du système de communications électroniques au sens de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58²⁵. Il apparaît difficile de placer dans la même catégorie un système de filtrage dont le seul objet serait, sur injonction d'un juge, d'identifier et de bloquer les communications *peer to peer* qui violent un droit d'auteur.
74. Il appartient en tout état de cause au juge national, au vu des informations dont il dispose, de procéder à cette appréciation.
75. Un deuxième élément d'analyse porte sur le fait de savoir si et dans quelle mesure, pour bloquer une communication, le système fait intervenir les adresses IP de l'internaute qui partage un fichier et de celui qui le télécharge.
76. En effet, selon la Commission, tout comme les données qui y sont associées (nom et adresse physique), les adresses IP attribuées à un internaute sont des données à caractère personnel relatives au trafic, au sens de l'article 2, point b) de la directive 2002/58, à savoir des données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communication électronique²⁶.
77. Reste à savoir si le « traitement » technique de ces adresses IP qui serait nécessaire au blocage des communications *peer to peer* illicites constitue un « traitement » au sens de l'article 2 d) de la directive 95/46, autrement dit s'il

²⁵ Para.52.

²⁶ Sur la question de la nature des adresses IP, la Commission renvoie à l'étude menée par le cabinet Hunton & Willians, disponible sur le site de la DG Markt : http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/docs/study-online-enforcement_en.pdf

emporte la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de ces adresses IP.

78. La Commission relève à ce titre que Scarlet n'allègue à aucun moment que la mise en place de la solution *Audible Magic* préconisée par le président du tribunal de grande instance de Bruxelles entraînerait pour elle la nécessité d'un tel « traitement ». Quant au président du tribunal de grande instance, il a jugé que « *les logiciels de filtrage et de blocage ne traitent en tant que tels aucune donnée à caractère personnel* »²⁷. Il s'agit en tout état de cause d'une question de fait, qui relève de la compétence du juge national.

b) Les conditions de mise en oeuvre d'un traitement de données à caractère personnel

79. Dans tous les cas, l'application de la directive 2002/58 n'empêcherait pas en elle-même la mise en place d'un système de filtrage, sur injonction d'un juge, en vue d'assurer la protection effective des droits d'auteur. En effet, ainsi que l'a jugé la Cour dans son arrêt *Promusicae*, les dispositions de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46, auxquelles renvoient l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, autorisent les Etats membres à adopter des mesures législatives limitant l'obligation de confidentialité des données personnelles lorsque cette limitation est nécessaire notamment pour la protection des droits et libertés d'autrui. Selon la Cour, ces dispositions doivent être interprétées comme exprimant la volonté du législateur communautaire de ne pas exclure de leur champ d'application la protection du droit de propriété ni des situations dans lesquelles les auteurs cherchent à obtenir cette protection dans le cadre d'une procédure civile²⁸.

80. Une telle limitation doit constituer une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée pour assurer l'objectif d'intérêt général ainsi poursuivi.

²⁷ Voir page 10 du jugement du 29 juin 2007.

²⁸ Para. 53.

3. Proportionnalité et balance entre les différents droits fondamentaux en jeu

81. Il apparaît donc que les directives 2001/29, 2004/48, 2000/31, 2002/58 et 95/46 ne s'opposent pas, par elles mêmes, à la mise en place par un fournisseur d'accès à internet, sur injonction d'un juge, d'un système de filtrage destiné à bloquer les communications *peer to peer* illicites.
82. Toutefois, comme l'a jugé la Cour dans son arrêt *Promusicae*, dans lequel se posait cette même question, il incombe aux États membres, lors de la transposition de ces directives, 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 communautaire, et notamment, d'une part, le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression et, d'autre part, le droit de propriété. 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 aux dites 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 communautaire, tels que le principe de proportionnalité.
83. A propos du droit à la vie privée et de la liberté d'expression, mentionnés dans la décision de renvoi, la Commission constate que la Cour d'appel de Bruxelles n'indique pas dans quelle mesure ces droits seraient méconnus en l'espèce. S'agissant du droit à la vie privée, qui englobe celui du secret des correspondances, la Commission renvoie à ses observations précédentes quant à l'impact éventuel d'un système de filtrage sur la confidentialité des communications.
84. S'agissant de la question d'une atteinte éventuelle à la liberté d'expression, la Commission suppose que la juridiction de renvoi se réfère à la possibilité qu'un système de filtrage, alors même qu'il est conçu pour ne bloquer que les

communications *peer to peer* illicites, ait pour effet d'empêcher l'envoi et / ou la transmission d'informations qui mettraient en œuvre cette liberté d'expression.

85. Si un parallèle peut ici être fait avec la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Laserdisken*²⁹, la Commission remarque toutefois qu'en l'occurrence, l'atteinte portée au droit des internautes d'exprimer des idées ou de les recevoir ne serait *a priori* qu'involontaire et ponctuelle. En tout état de cause, comme l'a souligné la Cour dans cet arrêt, il résulte du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH que les libertés garanties par le paragraphe 1^{er} de cet article peuvent faire l'objet de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général, pour autant que ces dérogations sont prévues par la loi, inspirées par un ou plusieurs buts légitimes au regard de ladite disposition et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi.
86. Quoi qu'il en soit, si la juridiction de renvoi estime, au regard de l'ensemble des informations dont elle dispose, que la mise en place d'un système de filtrage peut porter atteinte à l'une ou l'autre de ces libertés, il lui appartiendra d'effectuer une balance entre ce ou ces droits et le droit de propriété, qui est tout aussi fondamental que les précédents.
87. A ce titre, le critère essentiel pourrait être, selon la Commission, la comparaison de l'intensité de l'atteinte portée à chacun de ces droits en fonction de la mise en place ou, au contraire, de l'absence de mise en place d'un système de filtrage, et l'existence éventuelle d'autres mesures qui permettraient d'assurer un meilleur équilibre entre ces mêmes droits.
88. La recherche de cet équilibre ne peut en tout état de cause pas aboutir à placer le fournisseur d'accès à internet dans une situation qui méconnaîtrait le principe de proportionnalité, y inclus le test de "loyauté" prescrit par l'article 3 de la directive

²⁹ Cour de justice, 12 septembre 2006, *Laserdisken ApS contre Kulturministeriet*, C-479/04, Rec. 2006, page I-08089

2004/48, auquel la juridiction de renvoi doit procéder. Sur ce point en particulier, la Commission propose de retenir un certain nombre de critères qui peuvent être regroupés en plusieurs "catégories".

89. La première de ces catégories est liée au fournisseur d'accès à internet. Elle inclue tout d'abord la question de la mise en place des mesures techniques elles mêmes, notamment leur coût, qui peut dépendre de leurs caractéristiques techniques, de leur degré de sophistication, de la taille du réseau concerné et du niveau auquel elles interviennent (nœud de concentration, cœur du réseau ou « points de *peering* ») ; leur efficacité à court et moyen terme ; et leur impact sur la qualité du service et le trafic des messages qui n'enfreignent pas la législation sur le droit d'auteur.
90. A cela s'ajoutent les critères liés aux effets de la mise en œuvre du système de filtrage sur le fournisseur, au regard de sa taille, de sa situation sur le marché des communications électroniques et de celle de ses concurrents, de l'impact sur son image et, le cas échéant, sur le nombre de ses clients et sur son chiffre d'affaire.
91. De la même façon, la Commission est d'avis qu'il convient de prendre en compte, en deuxième lieu, les effets de la mesure sur les utilisateurs et sur la société en général. Ces effets peuvent être directs mais aussi indirects, négatifs ou positifs. Ainsi, si la mise en place d'un système de filtrage par un fournisseur d'accès à internet est susceptible entraîner une augmentation du coût de l'abonnement, elle pourrait en compensation entraîner une baisse du coût des CD, DVD ou des offres légales de téléchargement sur internet, liée à une diminution du piratage et à une augmentation consécutive des ventes. Par ailleurs, comme la Commission l'a déjà souligné, l'avantage de la mise en place d'un tel système, à caractère préventif, serait d'éviter la multiplication des actions de type répressif à l'encontre des particuliers.
92. Enfin, la Commission est d'avis que dans tous les cas, les garanties procédurales dont l'injonction prononcée par le juge peut être assortie sont essentielles,
-

s'agissant notamment des délais de mise en œuvre, de l'encadrement de cette mise en œuvre, de la durée de la mesure dans le temps, et de l'existence ou non d'un contrôle périodique par le juge, afin notamment de vérifier la pertinence de la mesure à moyen terme, au regard des évolutions techniques qui ont pu se produire.

IV. Conclusion

93. La Commission est d'avis que le droit communautaire ne s'oppose pas par principe à une mesure telle que celle en cause au principal, par laquelle un juge national ordonne à un fournisseur d'accès la mise en place d'un système de filtrage destiné à bloquer les communications *peer to peer* illicites.
94. Il appartient au juge national de déterminer si, en fonction des circonstances de l'espèce, cette mesure est ou non proportionnée. A ce titre, les éléments liés aux caractéristiques du système de filtrage, à son coût et à son degré d'efficacité apparaissent essentiels. La Commission est d'avis que les vérifications que la juridiction de renvoi doit effectuer sur ce point doivent constituer un préalable au test de proportionnalité.
95. Dans le cas d'espèce, en l'absence dans la décision de renvoi de ces vérifications, il est difficile pour la Commission de se prononcer de façon précise et pertinente sur la proportionnalité d'une mesure telle que celle en cause au principal. Elle tient cependant à indiquer qu'au regard des informations à sa disposition, il apparaît difficile qu'une telle mesure; formulée de façon aussi générale puisse, à ce jour et en l'absence de toute garantie procédurale, passer avec succès ce test de proportionnalité. Le fait d'imposer à un seul prestataire, à l'exclusion de ses concurrents, sans aucune limitation dans le temps, des mesures de filtrage dont la mise en œuvre apparaît complexe et le coût élevé, pour un résultat plus qu'incertain en l'état actuel des techniques et avec un fort risque de détérioration de son image auprès du grand public, peut difficilement être considéré comme proportionné, utile, loyal et équitable.

96. D'une manière générale, l'existence de garanties procédurales apparaît essentielle à la Commission. Les mesures techniques de filtrage en sont encore au stade du développement, et n'ont jamais été expérimentées à grande échelle. Il n'est pas exclu qu'elles puissent avoir des effets négatifs inattendus. Par ailleurs, une coopération entre les fournisseurs d'accès à internet, qui devront éprouver les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être mises en place, et les ayants-droits, s'agissant de la mise à disposition de dispositifs de marquage, semble souhaitable. Cette coopération pourrait inclure la question du partage du coût du filtrage. Enfin, l'impact éventuel sur la confidentialité des communications est, à ce stade, encore difficile à évaluer. Il apparaît donc nécessaire d'encadrer, de façon étroite, la mise en œuvre de tels systèmes.

97. Au vu de ce qui précède, la Commission suggère à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par la Cour d'appel de Bruxelles :

1. Les directives 2001/29 et 2004/48, lues en combinaison avec les directives 95/46, 2000/31 et 2002/58, interprétées notamment au regard du droit à la vie privée et de la liberté d'expression, ne font pas obstacle à ce que les Etats membres autorisent un juge national, saisi dans le cadre d'une action en cessation comme celle en cause au principal, à ordonner à un fournisseur d'accès de mettre en place, afin de faire cesser les atteintes au droit d'auteur qui ont été constatées, un système de filtrage destiné à identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques concernant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête soit à l'occasion de l'envoi.

2. Il appartient au juge national qui prononce une telle mesure de veiller à ce que celle-ci soit loyale et équitable et qu'elle soit proportionnée au regard de l'objectif poursuivi et des différents intérêts et droits en jeu. Cette appréciation doit être réalisée en prenant en compte la nature et les modalités concrètes de la mesure de filtrage, et son éventuel impact sur la

confidentialité des communications électroniques. Par ailleurs, il apparaît nécessaire que le juge de l'injonction prévoit un certain nombre de garanties procédurales pour encadrer la mise en œuvre de la mesure de filtrage.

Julie SAMNADDA

Cécile VRIGNON

Agents de la Commission