

**AVIS N° 44 / 2001 du 12 novembre 2001**

*N. Réf. : 10 / IP / 2001 / 057 / 064*

**OBJET : Avis d'initiative concernant la compatibilité de la recherche d'infractions au droit d'auteur commises sur Internet avec les dispositions juridiques protégeant les données à caractère personnel et les télécommunications.**

---

La Commission de la protection de la vie privée,

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en particulier l'article 29;

Vu le rapport du Président,

Émet d'initiative, le 12 novembre 2001, l'avis suivant :

## A. EXPOSE DES FAITS :

---

Afin d'identifier les internautes qui proposent au téléchargement un nombre élevé de fichiers musicaux concernant des artistes belges, « IFPI Belgium<sup>(1)</sup> » procède à des recherches sur le site Internet de Napster ainsi que sur des sites apparentés : après s'être connecté par exemple au site de Napster, son représentant s'enregistre via un pseudonyme, effectue une recherche afin de visualiser la liste des internautes qui proposent des morceaux d'un artiste belge déterminé, et sélectionne le pseudonyme de l'un de ces internautes afin de commencer à télécharger le morceau. Durant ce téléchargement, le représentant de l'IFPI utilise une fonction logicielle spécifique qui lui permet d'identifier l'adresse IP utilisée par l'internaute.

La phase suivante consiste à demander à différents fournisseurs d'accès à Internet d'effectuer eux-mêmes les recherches afin de prendre contact avec la personne qui, à la date et l'heure communiquées, a utilisé l'adresse IP repérée par l'IFPI. L'IFPI demande alors au fournisseur d'accès d'envoyer à la personne concernée une lettre d'avertissement, avec demande de cesser la diffusion des morceaux concernés et de les effacer de son disque dur. Si cette lettre n'est pas suivie d'effet, la politique de l'IFPI est de dénoncer ce fait au parquet.

A l'heure actuelle les recherches et les notifications « manuelles » sont effectuées par l'IFPI dans le cadre d'un protocole d'accord entre l'ISPA, le ministre des télécommunications et le ministre de la justice.<sup>(2)</sup> Chaque notification d'atteinte aux droits d'auteur et aux droits voisins est transmise simultanément au fournisseur de service Internet, ainsi qu'à la « Computer Crime Unit » via le point de contact mis en place par le protocole d'accord. Cette notification informe les destinataires de ce que telle adresse IP gérée par le fournisseur d'accès a été utilisée pour mettre à disposition des enregistrements musicaux. Copie en est également transmise à la SABAM, qui n'effectue pas de recherches sur base de ces informations et qui ne conserve pas ces informations.

Depuis l'arrêt d'une Cour d'appel des États-Unis du 12 février 2001 condamnant les responsables de la société Napster à filtrer les fichiers musicaux échangés grâce à leur logiciel, l'IFPI notifie régulièrement à Napster les noms des artistes et les titres des chansons ainsi que les fichiers qui contiennent ces données afin de bloquer l'accès à ces données moyennant un filtre.

Dans le même temps se développent d'autres services d'échange de fichiers MP3 en ligne, qui fonctionnent uniquement sur une base « peer to peer », c'est à dire d'utilisateur à utilisateur, sans aucune interface permettant de centraliser les données.

Si l'IFPI n'utilise pas à l'heure actuelle en Belgique de logiciel permettant d'effectuer des recherches systématiques sur une grande échelle (en « balayant » automatiquement certaines parties de l'Internet à la recherche de fichiers illégaux), elle n'exclut pas pour autant d'utiliser ce type d'outil dans le futur pour lutter de façon plus efficace contre le piratage. L'outil en question effectuera des recherches ciblées sur un logiciel ou un serveur spécifique, p.e. Napster, Gnutella ou autre, en recherchant des fichiers pour lesquels le logiciel ou ses utilisateurs n'ont pas reçu d'autorisation des ayants droit.

Il s'agit d'examiner dans quelle mesure la recherche d'infractions au droit d'auteur commises sur Internet, telle que décrite ci-dessus, par des groupements professionnels ou des sociétés de gestion des droits d'auteur, est compatible avec les dispositions juridiques protégeant les données à caractère personnel et les télécommunications.

---

<sup>1</sup> Société défendant en Belgique l'intérêt de ses membres faisant partie de l'industrie du disque.

<sup>2</sup> Protocole de collaboration pour lutter contre les actes illicites sur l'Internet, 28 mai 1999. Le protocole vise la transmission au point de contact de la police judiciaire, dont les compétences, initialement limitées à la pornographie enfantine, ont été élargies. Un tel protocole ne peut bien évidemment suppléer à une absence de base légale pour le traitement de certaines données à caractère personnel par des responsables non autorisés.

## B. COMPATIBILITÉ DU TRAITEMENT DE DONNÉES AU REGARD DES DISPOSITIONS JURIDIQUES PROTÉGÉANT LA VIE PRIVÉE ET LES TÉLÉCOMMUNICATIONS.

---

### 1. loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée :

*En ce qui concerne l'application de la loi*

La loi s'applique à tout traitement de données à caractère personnel, une donnée à caractère personnel consistant en toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable.<sup>(3)</sup>

La question se pose de savoir à partir de quand une personne peut être considérée comme identifiable sur Internet. La réponse que fournit la loi à cette question est particulièrement large : une personne est identifiable « *dès qu'elle peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ».

Tant la directive européenne 95/46/CE<sup>(4)</sup> que l'exposé des motifs de la loi du 8 décembre 1992<sup>(5)</sup> précisent que la personne concernée ne doit pas nécessairement être identifiée / identifiable par le responsable du traitement, mais *par n'importe quelle personne, « par quelque moyen qui puisse raisonnablement être mis en œuvre par cette personne »*.<sup>(6)</sup>

Au regard de ces principes, le traitement de données concernant des adresses IP, que ces adresses soient temporaires ou permanentes, rentre dans le champ d'application de la loi, dans la mesure où il est possible – et aisé – de retrouver l'identité de la personne concernée par l'intermédiaire du fournisseur d'accès.<sup>(7)</sup> Cette identification est d'ailleurs nécessaire à l'objectif que poursuit l'IFPI, à savoir la poursuite des personnes à qui a été attribuée l'adresse IP en question.

*En ce qui concerne la qualification des données.*

Les données collectées sur Internet sont des données relatives à des suspicions ayant trait à des infractions.<sup>(8)</sup> Elles constituent à ce titre des données judiciaires, dont le traitement est interdit, sous réserve d'exceptions strictement réglementées par la loi.

Dans le cadre de la loi non modifiée telle qu'elle était d'application avant le 1<sup>er</sup> septembre 2001, une personne physique ou morale pouvait traiter des données judiciaires, **aux seules fins de gestion de son propre contentieux**, lorsque ce traitement avait pour objet « **les litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives** » (article 8, § 1<sup>er</sup> 1<sup>o</sup> et §3).

---

<sup>3</sup> Articles 1 et 3. Cette définition reste identique dans la loi du 8 décembre 1992 suite aux modifications apportées par la loi du 11 décembre 1998, M.B., 3 février 1999.

<sup>4</sup> Considérant 26 de la directive.

<sup>5</sup> Chambre des représentants de Belgique, exposé des motifs du projet de loi transposant la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil 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, 20 mai 1998, Doc. Parl. 1566/1 – 97-98, p. 12.

<sup>6</sup> Ces éléments ont été développés dans l'avis 34/2000 du 22 novembre 2000 relatif à la protection de la vie privée dans le cadre du commerce électronique.

<sup>7</sup> Cette condition est suffisante : il n'est pas nécessaire que l'IFPI ait directement connaissance des données, ni qu'il soit habilité à en avoir connaissance

<sup>8</sup> Dans la mesure où la diffusion ou le téléchargement de musique est effectuée en violation des droits d'auteur, ils constituent des infractions à cette loi, même si ces infractions n'ont pas de caractère pénal.

- En ce qui concerne la condition qui est de se trouver dans le cadre d'un litige soumis aux cours et tribunaux, cette condition ne semble pas remplie dans la mesure où l'on se trouve au stade des recherches effectuées sur Internet afin d'identifier des internautes, dans l'objectif de contacter ces internautes et de leur faire parvenir un avertissement.
- Il s'agit en outre de déterminer si l'IFPI ou les sociétés de gestion de droit d'auteur agissent dans le cadre de leur propre contentieux.

Cette condition est d'autant plus importante que c'est elle qui devient déterminante dans le cadre de l'article 8 modifié (tel qu'il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre). En effet, cet article ne mentionne plus la condition relative à l'existence d'un litige soumis aux cours et tribunaux.<sup>(9)</sup> La question est de savoir à partir de quand l'on se trouve dans une situation de contentieux en relation avec une suspicion d'infraction.

L'exposé des motifs précise à cet égard que l'exception a été prévue « comme dans l'actuel article 8, pour la gestion du contentieux propre à la personne concernée ou pour des avocats ou d'autres conseils juridiques qui doivent traiter des données judiciaires afin de défendre les intérêts de leurs clients. [...] Pour un certain nombre de cas concrets [...] des dossiers judiciaires sont traités par des préposés des compagnies d'assurance ou des organisations syndicales représentatives des intérêts des travailleurs ». Ceci laisse penser que le législateur n'a pas voulu que l'on interprète le nouveau libellé dans un sens plus large que celui de l'« ancien » article 8 et que le contentieux doit, à tout le moins, se situer dans une phase préparatoire à un litige devant une cour ou un tribunal.

La Commission ajoute que la loi se réfère au *contentieux propre à la personne concernée*. En principe, c'est l'auteur qui est seul à même de faire valoir ses droits à cet égard.

En ce qui concerne les maisons de disques, celles-ci sont néanmoins habilitées à revendiquer la protection des droits voisins (droits des producteurs, et droits des artistes interprètes dont elles ont obtenu la cession). Ces sociétés peuvent donc agir et traiter des données à caractère personnel dans le cadre d'un contentieux déterminé qui leur est propre.

L'IFPI, contractuellement habilitée à représenter ses membres (maisons de disques) en justice, pourrait également traiter des données à caractère personnel dans le cadre de la préparation et du déroulement d'un litige.<sup>(10)</sup>

La SABAM dispose quant à elle de compétences en matière de gestion des droits des artistes qu'elle représente, et peut donc à ce titre traiter des données relatives à une personne déterminée le cadre d'un contentieux particulier.

Ces conditions permettent donc à une maison de disques, à l'IFPI ou à la SABAM de traiter des données relatives à une infraction précise qu'elles ont pu constater, dans la mesure où elles se situent dans une phase au moins préparatoire à un litige. Elles ne permettent pas de rechercher systématiquement et de façon proactive des données à caractère personnel sur Internet dans le but de déceler des infractions au droit d'auteur.

<sup>9</sup> Le principe de l'interdiction est maintenu, mais le libellé des exceptions en ce qui concerne le traitement des données judiciaires est modifié :

§ 1<sup>er</sup>. *Le traitement de données à caractère personnel relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des suspicions, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté est interdit.*

§ 2. *L'interdiction de traiter les données à caractère personnel visées au § 1er n'est pas applicable aux traitements effectués : [...]*

c) *par des personnes physiques ou par des personnes morales de droit public ou de droit privé pour autant que la gestion de leurs propres contentieux l'exige; [...]* »

<sup>10</sup> Article 3 des statuts.

Les autres dispositions de la loi (légitimité du traitement, information des personnes concernées, pertinence des données collectées, droit d'accès, déclaration du traitement...) sont bien entendu également applicables au traitement de données.

## 2. Protection des données de télécommunication.

S'ajoutent aux dispositions de la loi relative à la protection de la vie privée les principes prévus par la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques, article 109terD :

- « Sous réserve de l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données visées ci-après, il est interdit à quiconque, qu'il agisse personnellement ou par l'entremise d'un tiers :
- 1° de prendre frauduleusement connaissance de l'existence de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci [modifié par l'article 13, § 2, 1° de la loi du 30 juin 1994];
  - 2° de transformer ou de supprimer frauduleusement par n'importe quel procédé technique l'information visée au 1° ou d'identifier les autres personnes;
  - 3° **de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications, relatives à une autre personne; (...)**
  - 4° *de révéler ou de faire usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non, et visées aux 1°, 2°, 3°, de les modifier ou de les annuler. »*

La prise de connaissance intentionnelle de l'adresse IP de l'Internaute dans le cadre du téléchargement d'un fichier musical tombe dans le champ d'application, sinon du 1°, en tout cas du 3° de cet article.<sup>(11)</sup>

L'article 109terD 3° interdit la prise de connaissance de données de communications, telles que des données de connexion à l'Internet. Le fait que la personne responsable de la prise de connaissance soit ou non partie à la communication est sans relevance dans le cadre de cette disposition.

En effet, cet article a un champ d'application plus large que l'article 314bis du Code pénal, qui ne s'applique pas lorsque la personne qui enregistre une communication est partie à cette communication, et qui protège uniquement le *contenu* des communications.<sup>(12)</sup>

L'interception et le traitement des données relatives aux adresses IP apparaît donc en contradiction avec la loi, et notamment avec les dispositions visant à protéger les données de télécommunication de l'article 109terD susmentionné.

---

<sup>11</sup> L'IFPI avait souligné à ce propos que, en pratique, les données de télécommunication concernant un appelant sont systématiquement transmises, par exemple via les GSM, et que l'interception de données relatives à l'adresse IP doit être considérée comme légale, de la même façon.

On souligne à cet égard que la transmission et l'identification automatique des numéros de téléphone, telle qu'elle a lieu actuellement, a été rendue possible grâce à l'élaboration de dispositions juridiques précises (AR du 22 juin 1998 fixant le cahier des charges pour le service de téléphonie vocale et la procédure relative à l'attribution des autorisations individuelles, M.B., 15.07.98 (article 9), et article 105sexies de la loi du 21 mars 1991) qui permettent de bénéficier des exceptions de l'article 109terE « Les dispositions de l'article 109terD [...] ne sont pas applicables : 1° lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés [...]. ». Ces dispositions prévoient en outre des garanties en matière de protection des données, selon lesquelles l'appelant doit toujours pouvoir bloquer la transmission de son numéro de téléphone. De telles dispositions n'existent pas en ce qui concerne la transmission des adresses IP.

<sup>12</sup> L'article 314bis fait par ailleurs une distinction que l'article 109terD 3° ne fait pas, selon que la communication est privée ou publique. Précisons que même dans le cadre de l'article 314bis, seules les parties à la communication sont à même de déterminer le caractère privé ou public de leur communication.

### 3. Collaboration entre l'IFPI et les fournisseurs d'accès.

a. Cette collaboration, telle qu'elle a été décrite, amène la Commission à rappeler le prescrit de l'article 105 nonies de la loi du 21 mars 1991<sup>(13)</sup> :

« §4 : [...] les données visées peuvent être traitées par l'opérateur d'un réseau public de télécommunication ou par le fournisseur d'un service de télécommunication offert au public pour détecter les fraudes.

Les données traitées pour détecter les fraudes sont communiquées aux autorités compétentes pour la recherche ou la poursuite d'infractions pénales au cas où il y a indication qu'une infraction pénale a été ou pourrait être commise. »

Cette autorisation de traiter des données de télécommunication constitue

- une exception au principe d'interdiction des interceptions;
- une nouvelle finalité par rapport à celle(s) poursuivie(s) par les fournisseurs de télécommunication

Elle doit donc être interprétée de façon restrictive, en particulier en ce qui concerne la notion de fraude. Le rapport au Roi donne un exemple de circonstance dans laquelle ces données pourront être traitées : « la vérification d'un trafic de télécommunications présentant un caractère suspect – call forwarding intensif p. ex. -, pourra dès lors se faire par l'opérateur de sa propre initiative. »

La Commission est d'avis que, si cet article permet la constatation de certains actes présumés illégaux effectués via le service de télécommunication – et leur communication aux autorités (judiciaires) compétentes, il ne va pas jusqu'à donner des pouvoirs d'investigation propres qui pourraient être exercés d'initiative par le fournisseur de service, qui se substituerait ce faisant aux autorités compétentes.

b. La directive relative au commerce électronique du 8 juin 2000<sup>(14)</sup> comporte également des dispositions intéressantes dans le cas d'espèce.

Elle prévoit à charge du fournisseur de service de télécommunication une obligation d'agir promptement dans le cas de la constatation d'une violation de la loi.

Cette disposition pourrait justifier qu'un fournisseur d'accès supprime par exemple un lien ou une page incriminée, ou encore dénonce une infraction ponctuelle au parquet, qui a lui seul les moyens de poursuivre plus avant les investigations.

Ces dispositions ne permettent pas aux yeux de la Commission une collaboration permanente entre entreprises et fournisseurs et une identification systématique des usagers, sous peine de transformer les fournisseurs d'accès en auxiliaires de police dans le cadre d'enquêtes à caractère général.

### 4. Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

L'article 74 de la loi dispose que :

« [...] la preuve d'une représentation, d'une exécution, d'une reproduction ou d'une exploitation quelconque [...] pourra résulter des constatations d'un huissier de justice, ou jusqu'à preuve du contraire de celles d'un **agent désigné par des sociétés de gestion**, agréé par le Ministre ayant le droit d'auteur dans ses compétences et assermenté conformément à l'article 572 du Code judiciaire. »

---

<sup>13</sup> Tel que modifié par l'arrêté royal du 21 décembre 1999 adaptant certaines dispositions de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques aux directives de l'Union européenne, M.B., 9 février 2000.

<sup>14</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O. L 178, 17 juillet 2000.

Ce pouvoir de constatation ne permet toutefois pas aux agents concernés de disposer de compétences particulières en matière d'investigation. Ils n'ont pas de compétence d'officier de police judiciaire, et ne peuvent procéder à une interception de données de télécommunication protégées par la loi. Ces agents disposent, selon le Service de contrôle des sociétés de gestion des droits d'auteur, « simplement du droit de rechercher des informations dans les mêmes limites qu'un citoyen ordinaire ».<sup>(15)</sup>

### **C. CONCLUSIONS.**

-----

Pour agir dans le respect de la loi, les maisons de disques ou les agents agréés des sociétés de gestion de droits d'auteur ne peuvent que constater au cas par cas l'existence d'une violation des droits d'auteur, sur base d'éléments disponibles publiquement en ligne (pseudonymes, dates et heures auxquelles des fichiers ont été diffusés) et entamer des poursuites sur cette base – étant entendu que la force probante des constatations effectuées sera plus grande pour ce qui concerne les sociétés de droits d'auteur agissant avec le concours d'agents agréés à cette fin. Ces poursuites pourraient être entamées après que l'utilisateur mis en cause ait été averti, par la maison de disques ou la SABAM<sup>(16)</sup> (et non via une coopération avec un fournisseur d'accès) du caractère illégal de son activité.

Un fournisseur d'accès Internet ne peut communiquer à des tiers des données à caractère personnel relatives à ses abonnés, sauf dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Dans l'état actuel du droit, il appartient aux autorités judiciaires d'effectuer toutes investigations à caractère général qui pourraient mener à constituer une liste de personnes responsables d'infractions au droit d'auteur.

Le secrétaire,

Le président,

(sé) B. HAVELANGE,

(sé) P. THOMAS.

---

<sup>15</sup> Courrier du 2 août 2001 adressé à la Commission par le Service de contrôle des sociétés de gestion de droits d'auteur ou de droits voisins.

<sup>16</sup> Par exemple par l'envoi d'un message à la personne concernée, directement sur le forum de discussion existant sur le site de Napster.