

‘Vous qui téléchargez des oeuvres de l’Internet, pourrait-on savoir qui vous êtes?’

Lucie Guibault*

I. Introduction

Le 19 décembre 2003, la Cour suprême des Pays-Bas rendait jugement dans le litige très médiatisé opposant les fabricants et distributeurs de Kazaa, un programme d’échanges de fichiers *peer-to-peer* (P2P), d’une part, à la société néerlandaise de gestion de droits d’auteur Buma, d’autre part.¹ Le logiciel distribué par Kazaa permet encore aujourd’hui à des millions d’usagers de l’Internet à travers le monde d’échanger entre eux des fichiers numériques, que ceux-ci contiennent ou non des œuvres protégées par le droit d’auteur tel que de la musique, des films, des photographies ou des textes.² Contrairement à d’autres programmes d’échange P2P, comme Napster, Aimster et Morpheus, Kazaa ne maintient aucun fichier central de ceux de ses usagers et se dit incapable d’exercer quelque contrôle que ce soit sur le trafic de fichiers résultant de l’utilisation du programme. En 2001, Kazaa avait intenté une action contre Buma visant à obliger cette dernière à négocier, pour elle-même et les utilisateurs de son programme, une licence d’utilisation des œuvres faisant partie du répertoire de Buma. En demande reconventionnelle, Buma avait demandé à la cour d’obliger Kazaa à modifier son programme de manière à rendre impossible l’échange de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d’auteur. Kazaa fut déboutée en première instance, mais remporta la manche en appel.³ Buma porta la cause devant la Cour suprême, arguant que la cour d’appel avait mal compris son motif d’appel : s’il était impossible à Kazaa d’apporter les modifications nécessaires à son programme, la cour aurait dû l’enfreindre pour l’avenir de distribuer tout logiciel permettant la violation de droits d’auteur sur les œuvres faisant partie de son répertoire. Malgré les attentes nourries par la communauté internaute et l’industrie de la musique, la Cour suprême n’a pas tranché vraiment la question.⁴ Estimant que la demande reconventionnelle de Buma ne pouvait être interprétée si largement, la Cour suprême a rejeté la requête de Buma, renversé la décision de la cour d’appel et renvoyé la cause devant la cour de La Haye pour jugement au fond. En d’autres termes, la situation entourant l’échange de fichiers entre utilisateurs d’Internet grâce à des programmes tels que Kazaa est loin d’être réglée en droit néerlandais, que ce soit du point de vue des distributeurs de programmes P2P ou de celui de leurs utilisateurs.

À la lumière des nombreuses autres procédures intentées à travers le monde contre Kazaa, notamment aux Etats-Unis, la décision de la Cour suprême des Pays-Bas restera vraisemblablement d’une importance juridique marginale. Cette décision arrive toutefois au moment où les chiffres indiquent que le nombre d’utilisateurs européens de programmes P2P, tels que Kazaa, eDonkey et DirectConnect, dépasse celui des utilisateurs américains.⁵ Selon l’Association américaine de l’industrie du disque (RIAA), la baisse du nombre d’usagers aux États-Unis s’expliquerait non seulement par l’émergence de services commerciaux, comme iTunes, offrant une alternative légale à Kazaa, mais également par le caractère dissuasif des poursuites intentées contre des individus soupçonnés d’avoir violé les droits d’auteur en téléchargeant des œuvres à partir de sites illégaux. De fait, le président de la Fédération Internationale de l’Industrie Phonographique (IFPI) a déclaré, en réaction à la décision de la Cour suprême néerlandaise

* LL.M (Université de Montréal), LL.D. (Universiteit van Amsterdam), professeur adjoint à l’Université d’Amsterdam et chercheur attachée au *Instituut voor Informatierecht* (IViR).

¹ Hoge Raad, 19 décembre 2003, n° C02/186HR.

² Pour une description plus complète du fonctionnement et potentiel des programmes d’échange de fichiers P2P, voir : G. Rue et F. de Patoul, « L’affaire Napster ou le difficile équilibre entre le droit d’auteur et le respect de la vie privée », *Revue Ubiquité* No 12, pp. 7-30.

³ Rechtbank Amsterdam, 29 novembre 2001 (*Kazaa c. Buma*), avec note de P.B. Hugenholtz *AMI* 2002-1, p. 21-25; Gerechtshof Amsterdam, 28 mars 2002 (*Kazaa c. Buma*), avec note de K.J. Koelman *Mediaforum* 2002-5, p. 190-191.

⁴ P.B. Hugenholtz, ‘Over KaZaA is nog niets beslist’, *NRC Handelsblad* 22 décembre 2003.

⁵ Niels/Netratings, “Bijna 50% van Nederlandse surfers downloaden muziek”, 16 décembre 2003, document disponible à : <http://www.nielsen-netratings.com/pr/pr_031216_netherlands.pdf>.

dans l'affaire Kazaa, que les utilisateurs européens de programmes P2P doivent s'attendre à recevoir le même traitement que celui que la RIAA a réservé aux utilisateurs américains au cours de l'année qui vient de s'écouler. Les titulaires de droits d'auteur à travers le monde, et particulièrement en Europe, s'apprêteraient donc à intenter des poursuites contre des centaines, voire des milliers, de personnes qui distribuent de la musique illégalement à l'aide de réseaux P2P.⁶

Au cours de l'année 2003, la RIAA a en effet intenté des poursuites non pas uniquement contre les opérateurs de sites ou fournisseurs de services illégaux, mais bien contre plusieurs centaines d'utilisateurs américains de programmes P2P. La majorité de ces poursuites a été réglée hors cours en faveur des titulaires de droits d'auteur, par le paiement de dommages-intérêts et l'engagement par les utilisateurs de cesser à l'avenir toute activité de téléchargement d'œuvres protégées de sites illégaux. Le reste d'entre elles devra être entendu sous peu par les tribunaux.⁷ La RIAA a été capable d'intenter de telles actions contre les abonnés de fournisseurs de services Internet en se fondant sur l'article 512(h) de la loi américaine sur le droit d'auteur, qui l'autorise à demander des fournisseurs communication des noms et adresses de personnes qu'elle soupçonne de violer ses droits d'auteur.⁸ Depuis son adoption, cette disposition de la loi soulève la controverse. Bien que la plupart des prestataires de services en ligne se soient déjà pliés à la demande de la RIAA et lui aient fourni l'information voulue, certains fournisseurs, dont Verizon, s'y sont opposés. Le refus de Verizon de dévoiler l'identité de ses abonnés a donc permis à la cour de se pencher sur l'étendue des pouvoirs conférés aux titulaires de droits d'auteur par l'article 512(h) de la loi. Par pure coïncidence, la plus récente décision opposant la RIAA à Verizon a été rendue le même jour que celle de la Cour suprême des Pays-Bas dans l'affaire Kazaa, soit le 19 décembre 2003.⁹ À cette occasion, la Cour d'appel du District de Columbia a donné raison à Verizon et renversé la décision de la cour de district qui avait ordonné la communication des noms et adresses des abonnés de Verizon. Bien que Verizon ait dû se conformer dans l'intervalle à la demande de la RIAA, la bataille juridique n'est toutefois pas entièrement terminée puisque, compte tenu des intérêts en jeu pour l'industrie phonographique, on s'attend à ce que la RIAA aille en appel de cette décision.

Tout comme c'est le cas aux États-Unis, les titulaires de droits d'auteur ne peuvent intenter en Europe une poursuite contre les utilisateurs de programmes P2P que s'ils en connaissent l'identité. La question est donc de savoir si la législation européenne offre aux titulaires de droits un recours comparable à celui de la loi américaine en ce qui a trait à la communication de données personnelles permettant d'identifier les abonnés d'un fournisseur de services. Au niveau de l'Union européenne, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition législative qui donne expressément aux titulaires de droits d'auteur un pouvoir équivalent à celui de l'article 512(h) de la loi américaine. Certains États Membres se sont néanmoins prévalus de la possibilité émise par l'article 15(2) de la Directive sur le commerce électronique portant sur la responsabilité des prestataires de services en ligne pour établir une telle obligation de divulguer l'identité d'un abonné d'un fournisseur. De plus, la Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, le 30 janvier 2003,¹⁰ contient une disposition qui instaurerait un droit d'information en faveur des titulaires de droit de propriété intellectuelle. Quelle sera l'étendue de leur pouvoir et dans quelles circonstances les titulaires de droit de propriété intellectuelle pourront-ils obtenir la communication des données permettant d'identifier les personnes qu'ils soupçonnent de violer leurs droits?

⁶ Jay Berman, 'Stepping up the internet anti-piracy campaign: our key messages', *IFPI Network* n° 12, décembre 2003, document disponible à: <<http://www.ifpi.org/site-content/press/20031216.html>>. Voir aussi: Bernhard Warner, "UK Music Industry Considers Suing Net Song Swappers", *Reuters*, 13 janvier 2004, document disponible à: <<http://www.reuters.com/newsArticle.jhtml?type=musicNews&storyID=4121224>>.

⁷ Katie Dean, "Tis the Season for RIAA Lawsuits", *Wired News*, 3 décembre 2003, disponible à: <<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,61454,00.html>>; et John Borland, 'RIAA sues 261 file swappers', *CNET News.com*, 8 septembre 2003, disponible à: <<http://zdnet.com.com/2100-1104-5072564.html?tag=nl>>

⁸ U.S. Code, Titre 17, art. 512(h).

⁹ U.S. Court of Appeals, District of Columbia, 19 décembre 2003, n° 03-7015 (*RIAA, Inc. c. Verizon, Inc.*), disponible à: <http://www.eff.org/Cases/RIAA_v_Verizon/opinion-20031219.pdf>

¹⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 30 janvier 2003, COM (2003) 46(01).

La première partie de cet article décrit l'état du droit en vigueur aux États-Unis relativement à l'obligation de communiquer l'identité d'un abonné soupçonné de violer les droits d'un titulaire de droits d'auteur. Nous dressons dans une première section un bref aperçu de l'historique législatif de l'article 512 de la loi américaine sur le droit d'auteur pour ensuite examiner son contenu. La seconde section se consacre à l'affaire Verizon et à l'interprétation que les tribunaux ont donnée à l'article 512(h) de la loi américaine. La seconde partie de cet article se concentre sur la situation telle qu'elle est vécue présentement en Europe. Nous jetons un rapide coup d'œil aux dispositions de la Directive relative au commerce électronique portant sur la responsabilité des prestataires de services en ligne, sur la base desquelles certains États Membres se sont vus autorisés à édicter une mesure prévoyant la divulgation des informations personnelles d'abonnés soupçonnés d'entretenir des activités illicites. La seconde section analyse les dispositions pertinentes de la Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Cet examen nous permettra de tirer des conclusions générales quant à la possibilité pour les titulaires de droit de propriété intellectuelle d'obtenir en Europe la communication des données permettant d'identifier les personnes qu'ils soupçonnent de violer leurs droits, comme ce pourrait être le cas des usagers de programmes P2P tels que Kazaa.

II. L'obligation de dévoiler l'identité d'un abonné aux États-Unis

1. Le Digital Millennium Copyright Act

L'obligation pour un prestataire de services en ligne de dévoiler l'identité d'un abonné découle aux États-Unis des dispositions introduites dans le cadre de la mise en œuvre des Traités Internet de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).¹¹ Étant donné que les motifs de la décision de la Cour d'appel du district de Columbia dans l'affaire Verizon sont étroitement liés à la distinction que fait la loi entre les différentes catégories de prestataires de services en ligne, voyons d'abord ce que la loi américaine sur le droit d'auteur entend réglementer à ce sujet.

a. L'historique législatif

Le 28 octobre 1998, le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)¹² recevait la signature du président américain, Bill Clinton. L'objectif principal de cette loi était de transposer en droit américain les obligations internationales provenant des Traités Internet, et plus particulièrement celles qui touchaient à la protection juridique des mesures techniques et à l'information sur le régime des droits. Le DMCA visait en outre à édicter des règles claires concernant la responsabilité des divers prestataires de services en ligne. En effet, il est communément admis en droit américain qu'une personne peut être tenue responsable pour atteinte aux droits d'auteur non seulement lorsqu'elle commet elle-même un acte non-autorisé, mais également lorsqu'elle contribue indirectement à la commission d'un acte de contrefaçon, en ayant encouragé ou aidé un tiers à commettre la violation.¹³ La responsabilité contributoire pour atteinte aux droits d'auteur est en général stricte, c'est-à-dire qu'elle peut être retenue sans égard à l'intention ou à la connaissance de la personne qui aide ou encourage un tiers à commettre la violation. En principe, la responsabilité contributoire des fournisseurs de services Internet peut donc être engagée pour des agissements que leurs abonnés commettent et relativement auxquels ils sont incapables d'exercer un contrôle. Pour éviter que les prestataires de services ne se voient constamment accusés par des titulaires de droits d'auteur pour des agissements illicites commis hors de leur contrôle ou à leur insu, le législateur américain a tenu à instaurer un régime de responsabilité qui tienne compte à la fois des intérêts des titulaires de droits et de ceux des fournisseurs de services.¹⁴ On craignait en effet qu'à défaut de règles

¹¹ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TMDA), adopté à Genève, 20 décembre 1996; et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TMIEP), adopté à Genève, 20 décembre 1996 [ci-après collectivement « *Traités Internet* »].

¹² *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

¹³ *Sony Corporation of America c. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (Cour sup. 1984), à la p. 435; et *Religious Technology Center c. Netcome On-Line Communications Inc.*, 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995).

¹⁴ Alfred C. Yen, « Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment », (2000) 88 *Georgetown Law Journal* 1833-1893, à la p. 1833.

claires, les prestataires de services ne cessent ou ne réduisent considérablement leurs investissements dans le développement de réseaux à haute vitesse ou à large bande par peur d'être sujets à des poursuites pour contrefaçon.

Par conséquent, la loi pose les limites à l'intérieur desquelles la responsabilité d'un fournisseur de services Internet ne sera pas engagée.¹⁵ L'article 512 fait partie des dispositions introduites dans la loi sur le droit d'auteur dans le cadre du DMCA, à l'intérieur du chapitre intitulé « *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* ». Les paragraphes a) à d) de cet article distinguent quatre types de prestataires de services en ligne : 1) le fournisseur de services de transmission (« mere conduit »); 2) le fournisseur de capacité de stockage (« system caching »); 3) le fournisseur d'hébergement; et 4) l'engin de recherche. Ces quatre dispositions exonèrent, à certaines conditions bien spécifiques, les prestataires de services en ligne contre toute responsabilité pour atteinte aux droits d'auteur. Les conditions d'exonération varient d'une catégorie de fournisseur à l'autre suivant le degré de contrôle que le fournisseur est en mesure d'exercer sur le trafic de messages stockés ou transmis.¹⁶ Bien que ces exemptions mettent les prestataires de services à l'abri d'éventuels paiements de dommages-intérêts, elles n'excluent pas d'éventuelles actions en cessation.

L'article 512(a) de la loi accorde aux fournisseurs de « simple transport » une exemption de responsabilité pour atteinte aux droits d'auteur résultant de la fourniture de connexions, de la transmission ou de l'acheminement de contenu à travers un système ou un réseau contrôlé ou opéré par le prestataire. Cette exonération est sujette à certaines conditions, dont notamment que la transmission soit initiée et destinée à un utilisateur de l'Internet, et que le contenu transmis à travers le réseau de communication ne soit pas modifié. Cette disposition reconnaît le fait qu'il soit impossible pour un fournisseur de services de transmission de surveiller et de contrôler l'énorme quantité d'information transmise sur le réseau. En outre, certains messages peuvent être encodés, rendant tout contrôle impossible.¹⁷ L'article 512(b) accorde au fournisseur de capacité de stockage sous forme de cache, ou « system caching », une immunité de responsabilité pour atteinte aux droits d'auteur résultant du stockage intermédiaire et temporaire de contenu sur un système ou un réseau contrôlé ou opéré par le prestataire, pourvu que certaines conditions relativement à la transmission et à récupération du contenu créé par le prestataire soit remplies. Le paragraphe (c) du même article, intitulé « information résidant sur des systèmes ou des réseaux à la direction des utilisateurs » s'adresse aux fournisseurs d'hébergement. Ceux-ci bénéficient d'une exemption de responsabilité pour atteinte aux droits d'auteur résultant du stockage, à la direction des utilisateurs, de contenu sur un système ou un réseau contrôlé ou opéré par ou pour les fournisseurs d'hébergement. L'exemption s'applique à la condition que les fournisseurs remplissent les conditions mentionnées dans la loi, et notamment qu'ils n'aient pas connaissance des agissements illicites, qu'ils n'en tirent pas un avantage financier, et qu'ils prennent les mesures nécessaires et expéditives pour retirer ou empêcher l'accès au contenu prétendument contrefacteur.¹⁸ Enfin, suivant le paragraphe (d), intitulé « engin de recherche d'information », une exonération de responsabilité a été établie au profit des prestataires qui ont pour activité de référer les utilisateurs ou de leur fournir des liens vers des sites en ligne contenant du matériel contrefait, à l'aide d'engins de recherche tels que répertoires, index, renvois, indices ou liens hypertextes. Cette immunité de responsabilité est également sujette à des conditions spécifiques.

Un fait à remarquer est la présence dans les articles 512(b) à (d) et l'absence dans l'article 512(a) d'une procédure dite de notification et de retrait (« *notice and take-down*») de matériel supposé contrefaisant. Cette procédure pose comme condition à l'immunité des prestataires contre des poursuites pour atteinte aux droits d'auteur que, sur réception d'un avis faisant état d'une violation au sens de l'article 512(c)(3),

¹⁵ M.B. Nimmer et D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender, p. 12B-23.

¹⁶ M.M. Ciske, « For now, ISPS must stand and deliver : An Analysis of In Re Recording Industry Association of America v. Verizon Internet Services », (2003) 8 *Virginia Journal of Law and Technology* 9, pp. 1-37, p. 19.

¹⁷ M. Lubitz, « Liability of Internet Service Providers Regarding Copyright Infringement – Comparison U.S. and European Law », (2002) 33 *IIC* pp. 26-40, à la p. 30.

¹⁸ Voir: *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 82 F.Supp.2d 211, 217 & n.17 (S.D.N.Y 2000).

ces derniers retirent ou préviennent promptement l'accès au matériel prétendument contrefacteur. En d'autres termes, les fournisseurs de « simple transport » ne sont pas soumis à la procédure de notification et de retrait. La différence de traitement s'explique par le fait que les prestataires de services de transmission ne jouent qu'un rôle passif dans la transmission ou l'acheminement de contenu. En effet, leurs activités se résument en principe à l'installation et à l'entretien d'un système qui transmet automatiquement les messages reçus par leurs abonnés et sauvegarde des copies temporaires sur le système. Les prestataires de services de transmission ne sont donc pas à l'origine de la copie et le système est capable de fonctionner sans l'intervention d'une personne physique.¹⁹

b. L'obligation de divulgation des prestataires de services

Il ressort des dispositions examinées ci-dessus que les prestataires de services Internet bénéficient d'une exemption de responsabilité s'ils remplissent les conditions énoncées dans la loi. Mais ceci ne signifie pas nécessairement que toutes les parties devraient échapper à la responsabilité. Justement parce que les prestataires de services jouissent d'une exonération, il devient essentiel pour les titulaires de droits d'auteur de découvrir qui est véritablement responsable du téléchargement de matériel contrefait. De plus, comme le remarque Nimmer, la limitation de responsabilité sous l'article 512 de la loi ne protège que les prestataires de services qui répondent aux critères de la loi et non les personnes qui profitent de leurs services.²⁰ Pour faciliter la recherche d'éventuels contrefacteurs, l'article 512(h) de la loi sur le droit d'auteur habilite le titulaire de droits d'auteur à demander au clerk de toute cour de district des États-Unis à émettre une ordonnance enjoignant le prestataire de services de divulguer l'information permettant d'identifier un prétendu contrefacteur, en conformité avec les dispositions de la loi.

La requête déposée auprès du clerk de la cour doit contenir une copie de l'avis de notification envoyé en vertu de l'article 512(c)(3)(A) de la loi, ainsi qu'un projet d'ordonnance et une déclaration assermentée à l'effet que la requête en cause vise à obtenir l'identité d'un prétendu contrefacteur et que cette information sera utilisée uniquement aux fins de protéger les droits conférés par la loi sur le droit d'auteur. Suivant l'article 512(h)(3) de la loi, l'ordonnance rendue par le clerk doit autoriser et ordonner au prestataire de service de délivrer promptement au titulaire de droits d'auteur l'information suffisante pour l'identification d'un prétendu contrefacteur du contenu décrit dans l'avis de notification, pour autant que le prestataire possède cette information. Le paragraphe 4 du même article prévoit que, pour autant que l'avis de notification réponde aux critères de l'article 512(c)(3)(A) de la loi, que la forme du projet d'ordonnance soit acceptable et que la déclaration assermentée soit dûment exécutée, le clerk doit promptement émettre et signer le projet d'ordonnance et le retourner au demandeur pour délivrance auprès du prestataire de services. La loi précise ensuite que sur réception de l'ordonnance, accompagnée de ou suivant la réception de l'avis de notification élaboré en vertu de l'article 512(c)(3)(A) de la loi, le fournisseur de services doit promptement divulguer au titulaire de droits d'auteur l'information requise dans l'ordonnance, sans égard à toute autre disposition de la loi et indépendamment de savoir si le prestataire répond ou non à l'avis de notification. La loi dispose enfin que, à moins que la loi ou les règles de procédure ne prévoient autrement, la procédure d'émission et de délivrance de l'ordonnance, de même que les recours pour tout défaut de se conformer à celle-ci, doit suivre autant que faire se peut les règles fédérales de procédure civile relatives à l'émission, la signification et l'application d'une ordonnance *duces tecum*.

Comme le note Nimmer, l'article 512(h) peut certainement mener à des abus.²¹ Contrairement aux requêtes délivrées en vertu des lois ordinaires, une ordonnance visant la délivrance d'un nom ou d'une information en vertu de l'article 512(h) de la loi sur le droit d'auteur peut en effet être émise indépendamment de toute poursuite en contrefaçon, n'est pas sujette à révision par un juge,²² et ne requiert pas qu'un avis soit transmis au présumé violateur ou que celui-ci ait la chance de se faire entendre. Le seul recours disponible à un utilisateur d'Internet dont l'identité est révélée dans le cadre

¹⁹ Lubitz, *op.cit.*, *supra*, note 16, à la p. 27.

²⁰ Nimmer, *op.cit.*, *supra*, note 14, p. 12B-92.

²¹ *Id.*, p. 12B-93.

²² Voir la jurisprudence citée dans : O. v. Daalen et A. Ekker, « De provider als speurhond van de muziekindustrie : Kan hij gedwongen worden tot afgifte van identificerende informatie? », *JAVI* 2003/4, pp. 129-134, à la note 5.

d'une telle procédure et qui en subit un préjudice est celui de réclamer des dommages intérêts en vertu de l'article 512(f) de la loi. Mais dans ce cas, le mal est déjà fait.

2. L'affaire Verizon

Jusqu'à temps que la RIAA n'intente des procédures contre les utilisateurs de programmes P2P et n'ait besoin de leurs noms et adresses, l'article 512(h) de la loi avait suscité relativement peu d'attention dans la littérature ou la jurisprudence.²³ Le refus de Verizon de se plier à l'ordonnance de divulgation obtenue par la RIAA a fourni une des premières occasions aux juges américains, à tout le moins au niveau de l'appel, d'interpréter l'article 512(h) de la loi sur le droit d'auteur et de considérer l'étendue de l'obligation pour les prestataires de services Internet de dévoiler l'identité de leurs abonnés.²⁴ L'affaire Verizon, de même que la pluie de requêtes en divulgation déposées par la RIAA auprès d'autres prestataires de services américains, ont depuis réveillé les passions. Notons de plus que d'autres procédures sont présentement pendantes devant les tribunaux américains, lesquelles visent à tester la constitutionnalité et les limites du pouvoir d'ordonnance de divulgation.²⁵

a. Les faits et la procédure

Les faits du litige opposant l'entreprise de communication Verizon à la RIAA sont relativement simples. Le 24 juillet 2002, la RIAA signifia une ordonnance de divulgation à Verizon conformément à l'article 512(h) de la loi sur le droit d'auteur. Cette ordonnance visait à obtenir le nom d'un abonné que la RIAA soupçonnait de s'adonner à des agissements illicites en ce qu'il semblait échanger un grand nombre de fichiers .mp3 contenant des morceaux de musique protégée, grâce à un programme d'échange de fichiers P2P, tel que Kazaa. Tel que requis en vertu de l'article 512(h)(2) de la loi, le projet d'ordonnance était accompagné d'un avis de notification dans lequel la RIAA avait indiqué l'adresse IP de l'abonné, ainsi que la mention d'environ 800 fichiers .mp3 que l'abonné était soupçonné d'avoir échangé. La RIAA déclarait en outre être convaincue de bonne foi que l'échange de fichiers par l'abonné de l'entreprise de communication constituait une atteinte aux droits de ses membres et demandait l'assistance immédiate de Verizon afin de mettre un terme à ces activités non-autorisées. De façon plus spécifique, elle réclamait que Verizon retire ou empêche l'accès à ces fichiers audio par l'intermédiaire de son système. Verizon refusa de se conformer à l'ordonnance.

Face à ce refus, la RIAA déposa une requête en cour afin de forcer la production de l'information, conformément à l'article 45(c)(2)(B) de la Règle fédérale de procédure civile et à l'article 512(h)(6) de la loi sur le droit d'auteur. En réponse à cette requête, Verizon soutint que l'article 512(h) de la loi n'était pas applicable à un fournisseur de services Internet qui agit uniquement à titre de « transporteur » pour quelqu'un qui échange des fichiers au moyen d'un programme d'échange P2P. En première instance, la cour de district du District de Columbia rejeta l'argument de Verizon. Le juge s'appuya sur le langage et la structure de la loi, tel que confirmé par l'objectif et l'historique de celle-ci, et lui ordonna de transmettre les noms de ses deux abonnés à la RIAA.²⁶ La RIAA obtint ensuite une seconde ordonnance contre Verizon. Cette fois, Verizon déposa une motion visant à casser l'ordonnance, arguant que la cour de district, agissant par l'entremise de son clerc, n'avait pas compétence pour émettre une telle ordonnance et que celle-ci était contraire au Premier Amendement de la Constitution. La cour de district rejeta les arguments

²³ Voir par exemple : Lubitz, *op.cit.*, *supra*, note 16, à la p. 35.

²⁴ U.S. Court of Appeals, District of Columbia, 19 décembre 2003, n° 03-7015 (*RIAA, Inc. c. Verizon, Inc.*), disponible à : <http://www.eff.org/Cases/RIAA_v_Verizon/opinion-20031219.pdf>; *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F.Supp. 2d 24, 45 (D.D.C. 2003) (*Verizon I*).

²⁵ Voir notamment : U.S. District Court of Massachusetts, n° 1:03-MC-10209-JLT (*RIAA c. MIT*); U.S. District Court of Massachusetts, n° 03-MC-10256-WGY (*RIAA c. Boston College et Jane Doe*); United States District Court of the Northern District Of California, n° C 03-3560 SI (*Pacific Bell Internet Services c. RIAA*); U.S. District Court for the Eastern District of Missouri, n° 4 :03MC00273CEJ (*In Re Charter Communications, Inc.*); United States District Court Middle District of North Carolina Greensboro Division, n° 1:03MC138 (*In Re Subpoena to University of North Carolina, Chapel Hill*).

²⁶ *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 240 F.Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003) (*Verizon I*)

constitutionnels de Verizon, refusa la motion, et ordonna de nouveau à Verizon de révéler l'identité de son abonné.²⁷ Verizon porta les deux causes en appel, lesquelles furent consolidées en une seule action.

b. Les motifs de l'appel

En appel devant la Cour d'appel des États-Unis, District de Columbia, Verizon a présenté les mêmes trois arguments qu'en première instance. D'une part, l'article 512(h) de la loi n'autorise pas la délivrance d'une ordonnance contre un prestataire de services dont les activités se limitent au simple transport de communications dont le contenu est déterminé par une tierce personne. D'autre part, admettant que la loi autorise la délivrance d'une telle ordonnance contre un « simple transporteur », la loi est alors inconstitutionnelle dans la mesure où la cour de district n'a pas compétence pour émettre une ordonnance alors qu'aucune cause sous-jacente n'est pendante devant la cour. Verizon a enfin plaidé que l'article 512(h) de la loi sur le droit d'auteur contrevient au Premier Amendement de la Constitution américaine en ce qu'il est dépourvu de mesures de sauvegarde suffisantes pour protéger la liberté d'un utilisateur d'Internet de s'exprimer et de s'associer de façon anonyme. Comme la cour d'appel s'est dite d'accord avec l'interprétation de l'article 512(h) de la loi donnée par Verizon, elle a décliné de considérer les deux arguments constitutionnels.²⁸

La question que la cour d'appel devait trancher consistait à savoir si l'article 512(h) est applicable à un fournisseur de services Internet qui agit uniquement à titre de « transporteur » de l'information transmise entre deux usagers Internet, par exemple entre des personnes envoyant et recevant des courriels ou, comme c'était le cas en l'espèce, échangeant des fichiers au moyen d'un programme d'échange P2P. Le cœur du litige se trouvait donc dans l'interprétation à donner aux critères énoncés à l'article 512(h)(2)(A) suivant lesquels une requête pour ordonnance de divulgation doit contenir une copie de l'avis de notification prévu par l'article 512(c)(3)(A) de la loi. De manière plus spécifique, il s'agissait pour la cour de déterminer si les deux ordonnances émises en faveur de la RIAA manquaient aux exigences de l'article 512(c)(3)(A)(iii) en ce qu'elles ne pouvaient identifier le contenu à être retiré ou auquel Verizon devait empêcher l'accès, puisque cette dernière ne stockait pas le contenu contrefaisant sur son serveur. Renforçant sa position, Verizon a fait remarquer à la cour que, suivant l'article 512(h)(4) de la loi, la conformité à l'avis de notification prévu par l'article 512(c)(3)(A) constitue une condition à la délivrance d'une ordonnance. Compte tenu du fait que le contenu sensé porter atteinte aux droits d'auteur était situé dans les ordinateurs personnels des utilisateurs et qu'aucune copie n'était stockée sur le serveur de Verizon, celle-ci ne pouvait logiquement être le destinataire d'un tel avis de notification car elle était dans l'impossibilité de s'y conformer. Par conséquent, de l'avis de la cour d'appel, l'article 512(h) ne pouvait être le fondement d'une ordonnance comme celles qui étaient en cause, en ce qu'elle ne répondait pas aux exigences de l'article 512(c)(3)(A)(iii) de la loi.

Par ailleurs, Verizon a fait valoir avec succès que la structure de la loi empêchait l'application de l'article 512(h) à un fournisseur bénéficiant de la limitation de responsabilité prévue à l'article 512(a), étant donné qu'un tel fournisseur de services Internet est le seul à ne pas stocker de matériel sur son serveur, contrairement au fournisseur de capacité de stockage sous forme de cache, au fournisseur d'hébergement ou à l'engin de recherche. Aux yeux de la cour, les renvois à l'article 512(c)(3) à l'intérieur des articles 512(b) et (d) conduisent inexorablement à la conclusion que l'article 512(h) est structurellement lié à la fonction de stockage d'un fournisseur de services et non à celle de transmission, comme l'indique l'article 512(a). La cour d'appel rejeta également l'argument de la RIAA fondé sur l'historique législatif de l'article 512, de même que l'interprétation téléologique du DMCA. En ce qui a trait à l'historique législatif, la RIAA a soutenu que le Congrès n'était pas en mesure de prévoir l'application de l'article 512(h) à des programmes d'échange de fichiers P2P, mais qu'il avait rédigé les dispositions du DMCA en termes suffisamment larges pour inclure dans son champ tout développement technique. Si le Congrès avait été au courant de la technologie P2P, ou s'il avait pu anticiper son développement, il aurait rédigé l'article 512(h) en termes plus généraux. La RIAA ne convainquit pas la cour davantage en insistant sur le fait que l'interprétation de Verizon irait à l'encontre des objectifs fondamentaux du DMCA.

²⁷ *In re Verizon Internet Services, Inc.*, 257 F.Supp. 2d 244 (D.D.C. 2003) (*Verizon II*).

²⁸ U.S. Court of Appeals, District of Columbia, 19 décembre 2003, n° 03-7015 (*RIAA, Inc. c. Verizon, Inc.*), disponible à : <http://www.eff.org/Cases/RIAA_v_Verizon/opinion-20031219.pdf>.

En résumé, il ressort de l'affaire Verizon que les fournisseurs de « simple transport de communications » ne sont pas sujets à une ordonnance de divulgation émise en vertu de l'article 512(h) de la loi américaine en faveur de titulaires de droits d'auteur. Cette décision reconnaît le fait qu'il soit impossible pour un fournisseur de services de transmission de surveiller et de contrôler l'énorme quantité d'information transmise sur le réseau. Cependant, les questions relatives à la constitutionnalité de la procédure de délivrance d'une telle ordonnance demeurent entières. Il est à espérer que d'autres catégories de fournisseurs de services Internet, qui sont visées par la disposition, contesteront la délivrance d'ordonnances de divulgation et que le fait que de telles ordonnances puissent être émises indépendamment de toute poursuite en contrefaçon, qu'elles ne soient pas sujettes à révision par un juge, et qu'elles ne requièrent pas qu'un avis soit transmis au présumé violateur ou que celui-ci ait la chance de se faire entendre sera soumis à l'appréciation de la cour.

III. L'obligation de dévoiler l'identité d'un abonné en Europe

Au moment où les titulaires de droits d'auteur européens, et plus particulièrement l'industrie du disque en Europe, semblent avoir perdu la bataille contre les fabricants et distributeurs de programmes d'échange de fichiers P2P, l'attrait de poursuites contre les utilisateurs de ces programmes se fait grandissant. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si la réglementation européenne autorise un titulaire de droits à demander, auprès d'un prestataire de services en ligne, la divulgation des noms et adresses de présumés contrefacteurs. De toute évidence, toute mesure de cette nature doit se conformer au corpus de règles élaborées au niveau de l'Union européenne en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels.²⁹ Comme nous l'avons mentionné en introduction, il n'existe pas à proprement parler en Europe de disposition équivalente à l'article 512(h) de la loi américaine sur le droit d'auteur. À l'heure actuelle, les titulaires de droits se fondent en pareilles circonstances sur les pouvoirs conférés par le droit national, dont les dispositions pertinentes sont souvent éparpillées à travers diverses lois. L'une de ces dispositions découle, dans certains États Membres, de l'article 15(2) de la Directive relative au commerce électronique. Cette situation est appelée à changer dans un proche avenir, puisque la Commission et le Parlement européens s'affèrent à examiner une proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle. Cette proposition prévoit l'institution d'une obligation d'information au profit des titulaires de droits. Comme l'inventorisation de l'ensemble des dispositions en vigueur sur le plan national dépasse largement le cadre du présent article, nous nous concentrons dans les pages qui suivent uniquement sur l'obligation de divulgation telle qu'elle découle des dispositions des deux directives européennes.

1. La Directive relative au commerce électronique

La directive sur le commerce électronique³⁰ devait être mise en œuvre au niveau national au plus tard le 17 janvier 2002. Le principal objectif visé par l'adoption de cette directive était de fournir un cadre juridique pour le commerce électronique à l'égard de l'ensemble des États Membres de l'Union européenne. Pour ce faire, la directive élabore des règles dans les domaines suivants : l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, le règlement des différends, le rôle des autorités nationales et le principe du pays d'origine. Les normes édictées à l'intérieur de la directive s'appliquent aussi bien au commerce électronique inter-entreprises (B2B) qu'au commerce électronique entre les entreprises et les consommateurs (B2C). En outre, elles s'appliquent de façon horizontale dans tous les domaines du droit

²⁹ 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, J.O.C.E. n° L 281, du 23/11/1995, p. 31-50; 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 (directive vie privée et communications électroniques), J.O.C.E. n° L 201 du 31/07/2002, p. 37-47.

³⁰ 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 (« Directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E. n° L 178, du 17/7/2000, p. 1.

touchant à la fourniture de services de la société de l'information, qu'il s'agisse de droit public, privé ou pénal.³¹ Il en va de même des règles portant sur la responsabilité des fournisseurs de services Internet, comme l'explique la Commission dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition initiale de directive :

« Les limites en matière de responsabilité sont établies de manière horizontale; en d'autres termes, elles concernent la responsabilité pour tous les types d'activités illicites auxquels se livrent des tiers en ligne (par exemple, la piraterie dans le domaine du droit d'auteur, la concurrence déloyale, la publicité trompeuse, etc.). Il convient cependant de préciser que les dispositions de cette section n'affectent pas le droit matériel qui régit les différentes infractions qui peuvent être concernées. Cette section se borne à limiter la responsabilité. Si un prestataire de services ne remplit pas les conditions pour bénéficier de cette limitation, la nature et l'étendue de sa responsabilité devront être établies sur la base de la législation nationale. La distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercé. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités. »³²

Les prestataires de services jouissent d'une limitation en matière de responsabilité, lorsqu'ils jouent le rôle « d'intermédiaires », en ce qui concerne les agissements illicites d'autres personnes. Seules sont couvertes les activités des intermédiaires en ligne. Celles-ci sont caractérisées par le fait: 1) que les informations sont fournies par les destinataires du service, et 2) que les informations sont transmises ou stockées à la demande des destinataires du service. Par « destinataire » du service, on entend toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible.³³ Le terme « informations », tel qu'il est utilisé dans cette section, doit être entendu au sens large.

À la différence de l'article 512 de la loi américaine sur le droit d'auteur, la directive relative au commerce électronique ne prévoit une dérogation au régime de responsabilité que pour trois catégories de fournisseurs de services Internet, et non quatre.³⁴ Il s'agit des fournisseurs de « simple transport », de capacité de stockage sous forme de cache et « d'hébergement ». Contrairement à la loi américaine, la directive ne fait aucune mention du régime de responsabilité des engins de recherche.³⁵ Ainsi, l'article 12 institue une exonération de responsabilité pour les fournisseurs de « simple transport », c'est-à-dire pour les prestataires jouant un rôle passif qui consiste à véhiculer les informations pour des tiers. L'exonération s'applique à la condition que le prestataire ne soit pas à l'origine de la transmission, qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et qu'il ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées ici englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission. Cette limite de responsabilité couvre à la fois

³¹ H. Hijmans et J. Roording, « Juridische aspecten van elektronische handel: de ontwerp-richtlijn », Mediaforum 1999/11 pp. 136-139 p. ; J. Dumortier, « Privacybescherming en elektronische handel: wat na de richtlijn? » Computerrecht 2000 n° 1, p. 2-3; H. Hijmans, « Aansprakelijkheid op het Internet na de totstandkoming van richtlijn 2000/31/EG » Computerrecht 2000 n° 5, pp. 234-239;

³² Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM(1998) 586 final, le 18 novembre 1998, p. 28.

³³ Directive sur le commerce électronique, art. 2.

³⁴ Pour une comparaison des deux régimes juridiques, voir : Lubitz, *op.cit.*, *supra*, note 16; Z. de Jongh et L. Siemerink, « Amerikaanse en Finse elementen voor de Nederlandse implementatie van de Richtlijn inzake Elektronische Handel », Computerrecht 2002 n° 1, p. 12-20; E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », (1999) Revue Ubiquité 5, pp. 99-117; R. Julia-Barcelo, « On-line intermediary liability issues: Comparing E.U. and U.S. legal frameworks », European Intellectual Property Review; [2000] 3 pp. 105-119.

³⁵ Lubitz, *op.cit.*, *supra*, note 16, p. 39. À noter que certains États membres, dont l'Espagne, l'Autriche, le Liechtenstein ont décidé de prévoir des limitations de responsabilité pour les fournisseurs de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche.

les cas où un prestataire de services pourrait être tenu directement responsable d'une infraction et ceux où il pourrait être jugé responsable à titre accessoire d'une infraction commise par une autre personne. En vertu de cette disposition, une action en dommages ne peut être engagée à l'encontre du prestataire pour quelque forme de responsabilité que ce soit. De même, le prestataire ne peut faire l'objet de poursuites pénales. Cet article n'exclut pas cependant la possibilité d'une action en cessation.

L'article 13 couvre la responsabilité du fournisseur de capacité de stockage (« system caching »). Cette forme de stockage est faite par le prestataire de service avec l'objectif d'accroître les performances et la rapidité des réseaux numériques. Elle ne constitue pas en tant que telle une exploitation séparée de l'information transmise. Ainsi, des copies de l'information mise en ligne et transmise par des tiers sont faites et gardées de façon temporaire dans le système, ou le réseau, de l'opérateur pour faciliter l'accès ultérieur des utilisateurs à l'information. Ces copies sont le résultat d'un processus technique et automatique et elles sont «intermédiaires» entre là où l'information est initialement rendue accessible dans le réseau et l'utilisateur final. Pour bénéficier de l'exemption de responsabilité, le fournisseur de capacité de stockage doit remplir certaines conditions, et notamment que l'information stockée sur son réseau ou système ne soit pas modifiée et qu'il se conforme aux conditions d'accès à l'information. De plus, le prestataire doit agir promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.³⁶

Le régime juridique que l'article 14 de la directive crée à l'égard de la limite de responsabilité des fournisseurs de services d'hébergement est comparable à celui de la loi américaine sur le droit d'auteur. L'exonération de responsabilité, tant civile que pénale, ne peut être accordée si le prestataire de service a connaissance de ce qu'un utilisateur de son service se livre à une activité illicite. Le critère applicable est celui de la connaissance effective. L'exemption de responsabilité, en ce qui concerne une action en dommages, ne peut être accordée si le prestataire de services a connaissance de faits et de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente. Les prestataires de services ne seront pas privés du bénéfice de l'exonération si, après avoir eu effectivement connaissance du caractère illicite de l'activité ou après avoir pris connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels une activité illicite est apparente, ils prennent rapidement des mesures pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Ce principe constitue la base sur laquelle une procédure de notification et de retrait peut effectivement être mise en place. Contrairement au législateur américain, la Commission européenne n'a pas jugé opportun de décrire plus en détails dans la directive les contours d'une telle procédure de notification et de retrait, préférant donner la chance aux parties intéressées d'élaborer des codes de conduites.³⁷

a. La faculté des États Membres d'instaurer une obligation de divulgation

La section de la directive qui porte sur la responsabilité des prestataires de services en ligne se termine par l'article 15, intitulé « Absence d'obligation générale en matière de surveillance ». En vertu du premier paragraphe de cette disposition, les prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Le second paragraphe de cette même disposition donne aux États membres les pouvoirs suivants :

« Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur

³⁶ Julia-Barcelo, *op.cit.*, *supra*, note 34, p. 110.

³⁷ Lubitz, *op.cit.*, *supra*, note 16, p. 39-40.

demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

Ce deuxième paragraphe ne figurait pas dans la proposition initiale de la directive. Il a été introduit dans le texte de la directive à la suite de l'adoption de la position commune arrêtée par le Conseil, dans laquelle on peut lire que:

« Le Conseil a voulu éviter que le projet de directive ne rende plus difficiles les enquêtes sur des délits criminels commis dans le contexte du commerce électronique; dans cette optique, il a apporté un certain nombre de modifications à la proposition de la Commission. (...) L'article 15, paragraphe 2, indique désormais clairement que les États membres peuvent exiger des prestataires de services qu'ils informent les autorités publiques compétentes d'activités ou d'informations présumées illicites ou exiger, dans certains cas, que lesdits prestataires communiquent des informations détaillées sur leurs clients. »³⁸

Malheureusement, à l'exception de l'article de van Daalen et Ekker publié à l'été 2003,³⁹ la doctrine européenne a montré peu d'intérêt envers cette disposition, se bornant en général à ne mentionner que son existence. Le récent Rapport de la Commission concernant l'application de la directive ne fait pas davantage état de cette disposition.⁴⁰ À nous donc, d'ajouter quelques remarques à celles que van Daalen et Ekker ont formulées au sujet de cette disposition.

Tout d'abord, au risque de constater l'évidence, l'obligation de divulgation prévue à l'article 15(2) de la directive n'est pas impérative. En prévoyant que les États Membres « peuvent » instaurer une obligation de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement, la Commission a clairement indiqué qu'il s'agit d'une option que les États Membres sont libres de suivre ou non. De plus, comme il ressort du texte explicatif de la position commune, l'objectif poursuivi par la reconnaissance d'une obligation de divulgation serait à tout le moins d'assurer l'efficacité des enquêtes criminelles et certains autres objectifs d'intérêt général. Cet objectif a une importance certaine dans le cadre de la directive sur le commerce électronique, sachant surtout que celle-ci doit recevoir une application horizontale dans tous les domaines du droit touchant à la fourniture de services de la société de l'information. Ainsi, les autorités compétentes d'un État Membre peuvent être appelées à mener des enquêtes criminelles visant à prévenir ou à empêcher non seulement des atteintes aux droits d'auteur, mais également des actes de propagande haineuse, d'obscénité ou d'incitation à la violence. De façon corollaire, il y a lieu de se demander si les États Membres ont le pouvoir d'instituer une obligation de divulgation pour d'autres fins que celle de faciliter des enquêtes criminelles. Peuvent-ils imposer une telle obligation aussi dans le cadre de procédures en matière civile? Quoi qu'il en soit, il est permis de douter que la mise en œuvre de cette disposition de la directive conduise à une harmonisation efficace de l'obligation de divulguer l'information nécessaire à identifier un destinataire de services, puisqu'il ne s'agit que d'une faculté donnée aux États Membres dont le champ d'application n'est pas clairement défini.

Par ailleurs, la disposition de l'article 15(2) de la directive affiche des différences importantes avec celle de l'article 512(h) de la loi américaine sur le droit d'auteur. D'une part, en vertu de la directive européenne, les noms et adresses des utilisateurs doivent être communiqués aux autorités compétentes, et à leur demande, contrairement à ce qui est prévu en droit américain, où les informations sont communiquées directement aux titulaires de droits d'auteur qui en font la demande. D'autre part, bien

³⁸ Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("Directive sur le commerce électronique"), O.J.C.E. C 128/32, le 28 février 2000, p. 49.

³⁹ Van Daalen et Ekker, *op.cit.*, *supra*, note 22.

⁴⁰ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et Social européen – Premier rapport sur l'application 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 ("directive sur le commerce électronique"), COM (2003) 702(01), le 21 novembre 2003.

que la directive ne décrive pas la procédure à suivre pour l'obtention de l'information, celle-ci devra nécessairement tenir compte des normes découlant des directives européennes en matière de protection de la vie privée et des renseignements personnels. De plus, dans la mesure où seules « les autorités compétentes » sont habilitées à faire la demande d'information, on est en droit de supposer que la loi nationale prévoira l'intervention d'un juge comme condition nécessaire à la délivrance des noms et adresses d'un usager Internet. L'intervention d'un juge nous paraît essentielle dans le cadre d'une enquête criminelle, pour garantir le respect des droits civils de la personne qui en ferait l'objet, mais une telle intervention judiciaire nous paraît tout aussi essentielle dans le cadre d'une procédure en matière civile. Enfin, notons que l'article 15(2) de la directive est rédigé de telle manière qu'il évite carrément la discussion tenue dans l'affaire Verizon. En effet, non seulement cette disposition de la directive ne réfère-t-elle pas à l'envoi d'un avis de notification et de retrait comme condition à la divulgation de l'information, mais elle identifie expressément le prestataire de services susceptible d'être appelé à révéler l'identité de son abonné, à savoir le fournisseur d'hébergement. L'article 15(2) de la directive ne laisse à notre avis aucun doute : ni le fournisseur de « simple transport », ni le fournisseur de capacité de stockage ne sont visés par la disposition, puisque ces prestataires ne peuvent avoir conclu un accord d'hébergement avec leurs destinataires. Ce choix rend compte du fait qu'il soit difficile sinon impossible pour un fournisseur de services de transmission ou de capacité de stockage sous forme de cache de surveiller et de contrôler l'énorme quantité d'information transmise sur leur système ou réseau. Les critiques formulées à l'endroit de l'article 512(h) de la loi américaine relativement à la constitutionnalité de la procédure de délivrance d'une telle ordonnance pourraient difficilement à notre avis être formulées à l'égard de l'article 15(2) de la directive.

b. La mise en œuvre au niveau national

Les doutes émis ci-dessus quant au degré d'harmonisation à espérer relativement l'instauration d'une obligation de divulgation de la part des fournisseurs d'hébergement s'avèrent fondés : quatre États Membres ont choisi de ne pas transposer cette disposition, à savoir l'Espagne⁴¹, l'Irlande⁴², le Luxembourg⁴³ et le Royaume-Uni⁴⁴; un seul État, l'Allemagne⁴⁵, en a limité l'application aux procédures criminelles; et les autres ont imposé une obligation de nature générale.⁴⁶ En effet, en Autriche⁴⁷, en Belgique⁴⁸, en Italie⁴⁹ et au Portugal⁵⁰ les prestataires de services en ligne sont tenus de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations nécessaires à l'identification d'un abonné

⁴¹ LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE n° 166, 12.7.2002, p. 25388

⁴² European Communities (Directive 2000/31/EC) Regulations 2003, Statutory Instrument n° 68/2003, du 24 février 2003.

⁴³ Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, A – N° 96 du 8 septembre 2000, p. 2176.

⁴⁴ The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, Statutory Instrument n° 2013, du 21 août 2002.

⁴⁵ Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz-EGG), Bundesgesetzblatt 2001, Partie I, n° 70, du 20 décembre 2001, p. 3721, art. 3(5).

⁴⁶ Malheureusement, la barrière linguistique nous empêche de découvrir la position des législateurs grec et scandinaves à ce sujet.

⁴⁷ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und das Signaturgesetz sowie die zivilprozessordnung geändert werden, Bundesgesetzblatt 2001, Partie I, du 21 décembre 2001, p. 1977, art. 18(3) et (4).

⁴⁸ Loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Moniteur Belge, 11 mars 2003, p. 12963, art. 21(2).

⁴⁹ Decreto legislativo 9/04/2003, n. 70 Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – Serie Generale – n. 87 del 14/04/2003, art. 17(2)(b) qui se lit comme suit: « Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore e' comunque tenuto : (b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. »

⁵⁰ Decreto-Lei n.o 7/2004, Diário da República n° 5 (Série I-A), du 7 janvier 2004, art. 13(b) qui se lit comme suit : « Cabe aos prestadores intermediários de serviços a obrigação para com as entidades competentes: b) De satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem ».

avec lequel ils ont signé un contrat d'hébergement. À titre d'exemple, notons que l'article 21(2) de la Loi belge du 11 mars 2003 reprend presque mots pour mots les termes de l'article 15(2) de la directive :

« Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».⁵¹

À l'heure actuelle, deux États Membres doivent encore transposer la directive en droit national. Suivant les projets de loi déposés devant leur parlement respectif, tant la France⁵² que les Pays-Bas⁵³ s'apprêteraient à introduire une telle obligation de divulgation. L'obligation contenue dans le projet de loi français semble être de nature plutôt générale, pouvant s'appliquer aussi bien aux enquêtes criminelles qu'aux procédures civiles. Ainsi, l'article 2(bis)(II) du projet de loi français prévoit que :

« Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

(...)

L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa.

(...)

Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation ».

Cette disposition diffère sur trois points de celle d'autres lois nationales. Tout d'abord, le projet de loi français soumet non seulement le prestataire d'hébergement à l'obligation de divulgation, mais également les « personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication publique en ligne », définition qui semble référer au prestataire de « simple transport ». Ensuite, le projet de loi ne réfère pas, à l'instar de la directive, au pouvoir de « l'autorité compétente » de réclamer la communication des informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services, mais bien à celui de « l'autorité judiciaire » de requérir une telle communication. Enfin, ce projet de loi contient une disposition unique voulant que la nature des données, la durée et les modalités de leur conservation soient établies par décret en Conseil d'État. Ce paragraphe viendrait donc renforcer la protection de la vie privée et des renseignements personnels des usagers de l'Internet. Comme les débats parlementaires entourant les obligations des fournisseurs de services en ligne ont jusqu'à maintenant porté presque exclusivement sur l'absence d'obligation générale des fournisseurs de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, nous ne pouvons que spéculer sur les raisons qui motivent l'Assemblée française à vouloir étendre l'obligation de divulgation aux fournisseurs de « simple transport ».

Le législateur néerlandais choisit pour sa part de ne transposer l'obligation de communiquer les informations nécessaires à l'identification de l'abonné d'un prestataire de services en ligne qu'à l'intérieur du code de procédure pénale, à l'égard d'enquêtes criminelles. Le législateur estime en effet que le droit civil donne déjà la possibilité à un juge d'ordonner qu'un fournisseur de services divulgue de tels renseignements.⁵⁴ Dans l'exposé des motifs accompagnant la loi de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique⁵⁵, le ministre déclare que, bien que l'article 15(2) de la directive ne parle que des prestataires ayant conclu un accord « d'hébergement » avec les destinataires de leurs services, il n'est pas exclu compte tenu des développements technologiques que dans certaines circonstances, des

⁵¹ Moniteur Belge, 11 mars 2003, p. 12963.

⁵² Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, texte adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 8 janvier 2004, Assemblée nationale, 12^e législature, session ordinaire de 2003-2004.

⁵³ Wijziging van het wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie, Eerste Kamer, session 2003-2004, 28 059.

⁵⁴ Voir notamment : Wet bescherming persoonsgegevens, Staatsblad 2000, n^o 302, art. 12(2).

⁵⁵ Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, Eerste Kamer, session 2001-2002, 28 197, n^o 3, p. 28.

prestataires ayant conclu des accords de « simple transport » tombent également sous le couvert de cette disposition. À titre d'illustration, le ministre mentionne le cas où, grâce aux développements technologiques, il ne sera plus nécessaire de faire appel à des prestataires « d'hébergement » puisque les données seront accessibles directement des fournisseurs avec lesquels les abonnés auront conclu un accord de transport de communications. De façon plus générale, le ministre indique qu'en ce qui a trait à la lutte contre les délits criminels graves, comme la pornographie infantile, une interprétation neutre de l'article 15(2) de la directive serait souhaitable. Le ministre souligne de plus que la proposition de convention sur la « cybercriminalité »⁵⁶ ne fait aucune distinction entre les catégories de fournisseurs.

2. La Proposition de Directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle

Comme nous pouvons le voir, les titulaires de droits d'auteur ont dans la majorité des États Membres un certain nombre de moyens à leur disposition leur permettant d'obtenir la communication des informations nécessaires à l'identification des personnes qu'ils soupçonnent de contrefaçon. Outre sur la disposition contenue dans la directive sur le commerce électronique, les titulaires de droits de propriété intellectuelle pourront bientôt compter sur celle de la Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.⁵⁷ L'objectif premier de cette nouvelle directive est de combattre la contrefaçon et la piraterie. Pour ce faire, la Commission entend éliminer les disparités dans les régimes nationaux de sanction qui, en plus d'être nuisibles au bon fonctionnement du marché intérieur, rendent difficile une lutte efficace contre la contrefaçon et la piraterie. Le développement de l'usage de l'Internet permet une distribution instantanée et globale de produits piratés. Enfin, aux dires de la Commission européenne, ce phénomène apparaît de plus en plus lié à la criminalité organisée. La lutte contre ce phénomène est donc d'une importance capitale pour la Communauté surtout lorsque ces activités illicites sont exercées à des fins commerciales ou qu'elles causent un préjudice substantiel au titulaire du droit.

a. Le processus législatif

La Commission européenne a présenté sa Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle le 30 janvier 2003. Au moment où nous écrivons, la proposition est maintenant rendue à l'étape de la procédure de co-décision. Le 17 septembre 2003, un projet de rapport de la commission juridique et marché interne était présenté au Parlement européen contenant des amendements à la proposition de la Commission.⁵⁸ Le 2 octobre 2003, le rapporteur de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie présentait son avis à l'intention de la commission juridique et du marché intérieur qui est responsable de la proposition.⁵⁹ Le 11 novembre 2003, le rapporteur de la commission juridique et du marché intérieur soumettait une série d'amendements de compromis, qui ont été acheminés Parlement européen pour un vote de l'assemblée plénière, qui devrait se tenir le 9 février 2004 prochain. Naturellement, la proposition peut encore être maintes fois amendée avant son adoption finale.

b. L'étendue de l'obligation de dévoiler l'identité d'un abonné

À l'instar de l'article 512(h) de la loi américaine sur le droit d'auteur et de l'article 15(2) de la directive sur le commerce électronique, l'article 9 de la proposition de directive portant sur l'obligation de dévoiler

⁵⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la Cybercriminalité, signée à Budapest, le 23 novembre 2001.

⁵⁷ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 30 janvier 2003, COM (2003) 46(01).

⁵⁸ Parlement européen, Commission juridique et du marché intérieur, Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 17 septembre 2003, 2003/0024(COD), PE 332.534.

⁵⁹ Parlement européen, Commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie, Avis sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 2 octobre 2003, 2003/0024(COD), PE 322.013.

l'identité d'un abonné soupçonné d'agissements illicites est passée jusqu'à maintenant plutôt inaperçue auprès des commentateurs. Ceux-ci ont porté plutôt leur attention sur les dispositions plus controversées du texte initial de la proposition de directive, plus particulièrement sur le champ d'application de celle-ci, sur l'étendue des recours en cessation, et sur la nature des dommages intérêts autorisés.⁶⁰ Soulignons en outre que, tout comme l'ensemble de la proposition de directive, cette disposition ne vise pas uniquement les activités de piraterie en ligne. Par conséquent, il nous est quelque peu difficile de voir, à la simple lecture de l'article 9, si celui-ci a réellement vocation à s'appliquer dans l'environnement numérique. Pour plus de clarté, nous reproduisons ici la disposition dans son entier :

Droit d'information

1. Les Etats membres prévoient que les autorités judiciaires compétentes pour connaître des actions en constatation d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou pour faire droit à une demande de mesures provisoires ou conservatoires ordonnent, à la demande du titulaire et à moins que des raisons particulières ne s'y opposent, à toute personne de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution de marchandises ou de fourniture de services qui sont supposés porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, si cette personne:

- a) a été trouvée en possession, à des fins commerciales, des marchandises litigieuses;
- b) a été trouvée en train d'utiliser, à des fins commerciales, des services litigieux; ou
- c) a été indiquée, par la personne visée au point a) ou au point b), comme étant à l'origine de ces marchandises ou services ou comme constituant un maillon du réseau de distribution de ces marchandises ou de fourniture de ces services.

2. Les informations visées au paragraphe 1 comprennent:

- a) les noms et adresses des producteurs, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs du produit ou service, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants;
- b) des renseignements sur les quantités produites, livrées, reçues ou commandées, ainsi que sur le prix obtenu pour les marchandises ou services en question.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent sans préjudice d'autres dispositions qui:

- a) accordent au titulaire des droits à l'information plus étendus;
- b) régissent l'utilisation au civil ou au pénal des informations communiquées en vertu du présent article;
- c) régissent la responsabilité pour abus du droit à l'information;
- d) donnent la possibilité de refuser de fournir des informations qui contraindraient la personne visée au paragraphe 1 à admettre l'existence d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

4. Outre les cas visés au paragraphe 1, les Etats membres prévoient que, lorsque les autorités compétentes sont en possession des informations visées au paragraphe 2, elles peuvent en informer le titulaire du droit, pour autant que celui-ci soit connu, dans le respect des règles de protection des renseignements confidentiels, afin de permettre au titulaire du droit de saisir les autorités compétentes pour statuer au fond ou pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

Comme l'énonce l'exposé des motifs, le paragraphe 1 prévoit que les autorités compétentes peuvent ordonner, à la demande du titulaire et à moins que des raisons particulières ne s'y opposent, à toute personne, impliquée dans l'atteinte dans les circonstances énoncées aux points a), b) ou c) de ce paragraphe, de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou de fourniture de services litigieux. Le paragraphe 2 précise la nature des informations à fournir. Le paragraphe 3 stipule que le droit d'information s'applique sans préjudice d'autres dispositions énumérées de manière limitative et relatives à la communication d'information. Enfin, le paragraphe 4 prévoit, à l'inverse, que les autorités compétentes (par exemple: police, douane) en possession d'informations de même nature peuvent en informer le titulaire, pour autant que celui-ci soit connu, dans le respect des règles de protection des renseignements confidentiels, afin de lui permettre de saisir le tribunal compétent pour statuer au fond ou pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.

La principale modification proposée dans le rapport du 17 septembre 2003 a trait au champ d'application de la directive. En effet, dans la proposition initiale de la Commission, la directive ne s'appliquait qu'aux atteintes commises à des fins commerciales ou qui causent un préjudice substantiel au titulaire du droit,

⁶⁰ A. Metzger et W. Wurmnest, « Auf dem Weg zu einem Europäischen Sanktionenrecht des geistigen Eigentums? », *ZUM* 2003/12, pp. 922-933, à la p. 930.

ce qui aurait notamment exclu les actes commis par les particuliers sur Internet (*peer-to-peer*). La version initiale de l'article 9 prévoyait que les autorités judiciaires compétentes, à la demande du titulaire du droit, pouvaient ordonner à toute personne qui a « été trouvée en possession à des fins commerciales, des marchandises litigieuses » ou « a été trouvée en train d'utiliser, à des fins commerciales, des services litigieux », de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou des services qui sont supposés porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Les représentants des titulaires de droits ont fait valoir avec succès auprès des membres du Parlement européen qu'il n'y a pas de raison de limiter le droit à l'information aux cas où sont impliquées des personnes à des fins commerciales.⁶¹ Avec l'incorporation de cet amendement parmi les amendements de compromis, le rapporteur de la commission juridique et du marché intérieur spécifie qu'une « telle limitation priverait les ayants droit, et par conséquent, les autorités en charge de l'application de la loi, d'une occasion précieuse d'obtenir des informations sur des opérations pirates plus larges ». L'article 9 tel qu'il sera débattu au sein du Parlement européen prochainement se lit maintenant comme suit :

Droit d'information

1. Les Etats membres prévoient que les autorités judiciaires compétentes ***dans le cadre d'une procédure relative à une atteinte alléguée*** à un droit de propriété intellectuelle ou pour faire droit à une demande de mesures provisoires ou conservatoires ordonnent, ***en réponse à une demande justifiée et proportionnée déposée par le requérant*** et à moins que des raisons particulières ne s'y opposent, à toute personne de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution de marchandises ou de fourniture de services qui sont supposés porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, si cette personne:

- a) a été trouvée en possession des marchandises litigieuses;
- b) a été trouvée en train d'utiliser des services litigieux; ou
- c) a été indiquée, par la personne visée au point a) ou au point b), comme étant ***impliquée dans la fabrication ou l'offre*** de ces marchandises ou services ou comme constituant un maillon du réseau de distribution de ces marchandises ou de fourniture de ces services.

2. Les informations visées au paragraphe 1 comprennent:

- a) les noms et adresses des producteurs, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs du produit ou service, ainsi que des grossistes destinataires et des détaillants;
- b) des renseignements sur les quantités produites, livrées, reçues ou commandées, ainsi que sur le prix obtenu pour les marchandises ou services en question.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent sans préjudice d'autres dispositions qui:

- a) accordent au titulaire des droits à l'information plus étendus;
- b) régissent l'utilisation au civil des informations communiquées en vertu du présent article ***sans préjudice de la jurisprudence et des dispositions relatives à la confidentialité des sources d'information;***
- c) régissent la responsabilité pour abus du droit à l'information;
- d) donnent la possibilité de refuser de fournir des informations qui contraindraient la personne visée au paragraphe 1 à admettre ***sa participation à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle;***
d bis) régissent la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

4. Outre les cas visés au paragraphe 1, les Etats membres prévoient que, lorsque les autorités compétentes sont en possession des informations visées au paragraphe 2, elles peuvent en informer le titulaire du droit, pour autant que celui-ci soit connu, dans le respect des règles de protection des renseignements confidentiels, afin de permettre au titulaire du droit de saisir les autorités compétentes pour statuer au fond ou pour obtenir des mesures provisoires ou conservatoires.⁶²

L'article 9 de la proposition de directive se distingue de l'article 512(h) et de l'article 15(2) de la directive sur le commerce électronique sous plusieurs aspects. En premier lieu, il convient de souligner que,

⁶¹ Thierry Desurmont, « Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle : consécration d'une piraterie à deux vitesses? », *Légipresse* décembre 2003, No. 207, pp. 181-182.

⁶² Parlement européen, Commission juridique et du marché intérieur, Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, 11 novembre 2003, 2003/0024(COD), PE 332.534/10-19, pp. 4-5.

contrairement aux deux autres dispositions, celle de la proposition de directive trouverait application indépendamment de toute référence aux types d'activités des prestataires de services en ligne ou de l'éventuel envoi d'un avis de notification et de retrait. Cette question étant réglée par la directive sur le commerce électronique, il n'est pas nécessaire d'y revenir. Par conséquent, la requête visant l'obtention des informations nécessaires ne peut être faite à la légère ou sans motif, mais doit l'être dans le cadre d'une «procédure relative à une atteinte alléguée». En second lieu, la version actuelle de l'article 9 spécifie que l'ordonnance doit être rendue « en réponse à une demande justifiée et proportionnée déposée par le requérant ». En exigeant que la demande soit justifiée et proportionnée, la proposition de directive donne au juge des critères d'évaluation utiles pour décider si une requête en divulgation doit être accordée ou non. À notre avis, ces deux amendements ont pour effet d'offrir une plus grande protection contre les abus possibles, que la disposition de la loi américaine.

Notons de plus que l'expression utilisée dans le paragraphe 2, alinéa (c) de la proposition amendée est beaucoup plus claire que l'expression initialement suggérée. L'amendement au paragraphe 3, alinéa d) semble être apporté pour tenir compte du fait que certains pays reconnaissent le droit à la non-auto-incrimination, y compris pour les dossiers administratifs et en ce qui concerne les personnes morales. Par contre, l'intention qui se cache derrière les amendements au paragraphe 3, alinéas b) et d bis) ne nous est pas claire. D'une part, la formulation de l'amendement à l'alinéa b) n'est pas heureuse, en ce qu'elle précise que les paragraphes 1 et 2 s'appliquent « sans préjudice » d'autres dispositions qui régissent l'utilisation au civil des informations communiquées en vertu du présent article « sans préjudice » de la jurisprudence et des dispositions relatives à la confidentialité des sources d'informations. A quoi le second « sans préjudice » fait-il référence? À l'utilisation au civil des informations? Ou au « présent article »? Qu'on entend accomplir par cet amendement? En ce qui a trait à l'amendement à l'alinéa d bis), si nous le comprenons correctement, les informations nécessaires à l'identification d'un prétendu contrevenant peuvent être dévoilées « sans préjudice » des dispositions qui « régissent la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Cet amendement ne va-t-il pas trop loin? Ne va-t-il pas à l'encontre du Considérant 14 qui veut que la directive n'affecte pas 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?⁶³ N'est-il pas justement du devoir du Parlement et du Conseil de s'assurer que les données personnelles ainsi divulguées seront utilisées d'une manière conforme aux dispositions qui régissent la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel? C'est possible que le sens de cet amendement nous échappe entièrement!

IV. Conclusion

En conclusion, les titulaires de droits d'auteur ne sont certainement pas dépourvus de tous moyens pour lutter contre le phénomène de l'échange de fichiers P2P en Europe. Ils peuvent en effet se fonder dans la majorité des États Membres de l'Union européenne sur les dispositions découlant de l'article 15(2) de la Directive relative au commerce électronique. De plus, l'adoption prochaine par la Commission et le Parlement européens de la proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle va venir renforcer leurs arsenaux. Cette proposition prévoit en effet l'institution d'une obligation d'information au profit des titulaires de droits de propriété intellectuelle. De façon générale, nous croyons que la procédure européenne de divulgation des informations nécessaires à l'identification d'individus soupçonnés de contrefaçon est plus respectueuse des droits civils des individus, et sans doute moins arbitraire, que la procédure américaine. Une seule ombre possible au tableau serait l'amendement proposé à l'article 9 de la proposition de directive à l'effet que les informations nécessaires à l'identification d'un prétendu contrevenant peuvent être dévoilées « sans préjudice » des dispositions qui « régissent la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Evidemment, cet article peut encore être modifié avant son adoption définitive!

⁶³ J.O.C.E. n° L 281, du 23 novembre 1995, p. 31.