

# Chronique

DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

## LA COLLECTE ET L'UTILISATION DES ADRESSES IP DANS LE CONTEXTE DES LOIS HADOPI

PAR HENRI ALTERMAN\* ET FABRICE PERBOST\*\*

La loi numéro 2009-669 du 12 juin 2009, dite loi HADOPI 1, a pour objet de favoriser la diffusion et la protection de la création sur Internet<sup>(1)</sup>.

La loi numéro 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, dite aussi loi HADOPI 2, vient réviser le volet répressif de la loi HADOPI 1 censuré par le Conseil constitutionnel le 10 juin 2009<sup>(2)</sup>.

Dans ce cadre légal, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (ci-après la « Haute autorité ») a pour mission d'assurer la protection des œuvres et objets à l'égard des atteintes aux droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne<sup>(3)</sup>.

Afin de pouvoir identifier les contrefacteurs, les agents de la Haute autorité seront ainsi amenés à se connecter aux réseaux « peer to peer » et, dès lors, à collecter des données, dont les adresses IP. La collecte d'adresses IP constitue donc un élément central du dispositif de lutte contre le téléchargement illicite mis en place par les lois HADOPI.

Rappelons que l'adresse IP est une série de numéros permettant à un ordinateur de communiquer avec d'autres machines connectées à Internet, à travers le même langage TCP-IP (Transmission Control Protocol - Internet Protocol). L'adresse IP est attribuée uniquement par le fournisseur d'accès à Internet. Elle peut être fixe ou dynamique, c'est-à-dire différente à chaque connexion.

\* Henri Alterman est avocat honoraire et président honoraire de l'Adil.  
\*\* Fabrice Perbost est avocat-associé au cabinet Kalin et associés à Paris.

Revue de Jurisprudence

Journal de jurisprudence commerciale - Septembre - Octobre 2009 - Numéro 5

La collecte d'adresses IP n'est pas une pratique nouvelle, puisque les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et des droits voisins sur les phonogrammes et les vidéogrammes, les collectent d'ores et déjà, afin de lutter contre les contrefacteurs.

Dans un contexte général de renforcement de la lutte contre la contrefaçon sur Internet, se pose alors la question de la qualification juridique de l'adresse IP. S'agit-il ou non d'une information « relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres »<sup>(4)</sup> ? Si la réponse est positive, il faut alors considérer l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi informatique et liberté et dont la collecte est soumise au régime de la loi et à la vigilance de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (« CNIL »).

Or, que ce soit en France ou en Europe, aucun texte de loi n'a réglé le statut de l'adresse IP. Notons d'ailleurs que les lois HADOPI sont silencieuses sur ce point, alors même que la Haute autorité est autorisée à créer un traitement automatisé de données à caractère personnel.

Dans la lutte contre la contrefaçon sur Internet par les sociétés de gestion collective et les organismes de défense professionnels, la collecte des adresses IP s'est avérée difficile à mettre en place (I). Les doutes et incertitudes n'étant pas levés par les lois HADOPI, la mission de protection des œuvres par la Haute autorité ne risque pas de s'en trouver facilitée (II).

### I - La collecte et l'utilisation des adresses IP avant les lois Hadopi

En l'absence de définition légale tant au niveau européen que français, la jurisprudence française s'est montrée divisée sur la question du statut juridique de l'adresse IP (B), lorsqu'elle a eu à traiter de la validité des actions en contrefaçon menées par les sociétés de gestion collective et les organismes de défense professionnels (A).

#### A - La collecte des adresses IP par les sociétés de gestion collective et les organismes de défense professionnels

Habilités à constater la matérialité des infractions relatives aux droits d'auteurs, aux droits voisins et aux droits des producteurs de bases de données, les sociétés de perception et de répartition, les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués et, dans une moindre mesure, le Centre national de la cinématographie, jouent un rôle primordial dans la lutte contre les pratiques illicites<sup>(5)</sup>.

commerciale  
- sept 1 oct 2009 - n° 5

Pour agir, les sociétés de gestion et les organismes de défenses disposent d'agents assermentés auprès du ministère de la culture. Aux fins de constater la matérialité des infractions, ces agents se connectent sur les réseaux « peer to peer », lancent des requêtes concernant les titres musicaux et audiovisuels dont ils ont la charge, téléchargeant les fichiers afin de vérifier leurs contenus et procèdent à des constatations du nombre de fichiers mis à la disposition des utilisateurs. Afin d'identifier les contrefacteurs, les agents assermentés relient alors leurs adresses IP et les fournisseurs d'accès Internet correspondants. Ces derniers sont ensuite sommés de révéler les coordonnées de leurs abonnés sur réquisitions judiciaires.

Dans le but de mener efficacement leurs actions, les agents sont amenés à créer des traitements de données personnelles, comme l'article 9-4° de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés les y autorise, sous réserve d'une autorisation préalable de la CNIL.<sup>(6)</sup>

La création de ces fichiers ne s'est pourtant pas faite sans difficultés.

Dans une délibération du 18 octobre 2005, la CNIL refusait la création de traitement de données ayant pour double vocation la recherche des infractions et l'envoi de messages pédagogiques<sup>(7)</sup>.

Deux ans plus tard, sur appel des quatre grandes sociétés de gestion de droits sur les phonogrammes (SACEM, SDRM, SCPP, SPPF), le Conseil d'État a partiellement annulé cette délibération<sup>(8)</sup>. Le Conseil d'État a ainsi censuré la création d'un fichier ayant pour unique finalité l'envoi de messages pédagogiques, sans que ceux-ci aient pour vocation la poursuite des infractions. L'article L. 34-1 du Code des postes et télécommunications permet en effet aux opérateurs de télécommunication de conserver les données relatives au trafic de leurs abonnés uniquement pour les besoins de la recherche et de la poursuite des infractions pénales afin de pouvoir les communiquer aux autorités judiciaires.

Depuis, les quatre sociétés en cause ont été autorisées par la CNIL à collecter des adresses IP et à mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel ayant pour finalité la recherche et la constatation des délits de contrefaçon commis via les réseaux « peer to peer »<sup>(9)</sup>.

## B - L'absence de cadre juridique certain

En l'absence de texte légal, la CNIL s'est prononcée pour la qualification de l'adresse IP en tant que donnée à caractère personnel, dans la mesure où elle permet l'identification d'une personne « par référence à un numéro d'identification ou à des éléments qui lui sont propres »<sup>(10)</sup>.

Dans sa décision du 10 juin 2009 sur la loi HADOPI 1, le Conseil constitutionnel semble adopter la même position en indiquant que « l'autorisation

donnée à des personnes privées de collecter les données permettant indirectement d'identifier les titulaires de l'accès à des services de communication en public en ligne conduit à la mise en œuvre, par ces personnes privées, d'un traitement de données à caractère personnel relatives à des infractions ».

Dès lors, si les adresses IP sont considérées comme des données à caractère personnel, l'agent assermenté ne peut les collecter sans autorisation préalable de la CNIL.

La jurisprudence française est abondante, mais divisée. Certaines décisions ont ainsi annulé la constatation des infractions et les actes de procédures subséquents. D'autres, au contraire, refusant de qualifier l'adresse IP de donnée personnelle, ont validé les constatations des agents assermentés.

Dans le cadre de litiges opposant des sociétés de gestion collective aux contrefacteurs dont les adresses IP avaient été collectées, la cour d'appel de Rennes a ainsi clairement qualifié les adresses IP de données à caractère personnel<sup>(11)</sup>.

De son côté, la cour d'appel de Paris a, par deux arrêts, manifesté son opposition à un rattachement des adresses IP au régime applicable aux données personnelles<sup>(12)</sup>. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008 permet de relever les limites du caractère identifiant des adresses IP, notamment lorsque l'utilisateur de la machine n'est pas le titulaire de l'abonnement ou dans les cas d'utilisation frauduleuse d'adresse IP. En effet, la cour décide que l'adresse IP n'est pas une donnée indirectement nominative « dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine et non à l'individu utilisant l'ordinateur pour se livrer à la contrefaçon ». Il est vrai qu'en l'espèce, le contrefacteur n'était pas le titulaire de l'abonnement à qui un fournisseur d'accès Internet avait attribué une adresse IP, mais un « colporteur occasionnel » ayant utilisé l'ordinateur et la connexion Internet du titulaire de l'abonnement.

Plus récemment, le tribunal de grande instance de Paris a qualifié l'adresse IP de donnée personnelle, à l'occasion d'un litige concernant les données devant être conservées par un fournisseur d'hébergement<sup>(13)</sup>. Le tribunal a considéré que si l'adresse IP peut être usurpée, le nombre de détournements étant limité, ceci ne saurait disqualifier cette adresse comme « donnée permettant l'identification personnelle des fournisseurs de contenu ».

La Cour de cassation aurait pu mettre fin à ces divergences, mais n'a pas statué clairement sur la qualification de l'adresse IP<sup>(14)</sup>.

En l'absence d'une qualification légale ou, à tout le moins, d'une prise de position solennelle de la Cour de cassation, force est de constater que le statut juridique de l'adresse IP reste incertain. Dans ce contexte, les constatations des agents assermentés et les procédures subséquentes restent tributaires des fluctuations jurisprudentielles. Le même problème risque de se poser pour les agents de la Haute autorité qui collectent les adresses IP des éventuels contrefacteurs.

## II - La collecte et l'utilisation des adresses IP dans le cadre de la loi HADOPI 2

### A - Les pouvoirs de la Haute autorité

À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 censurant les pouvoirs de sanction confiés à la Haute autorité par la loi HADOPI 1, le législateur a été contraint de réorganiser la procédure permettant à la Haute autorité de mener sa mission de protection des œuvres.

Dans cette perspective, la loi HADOPI 2 permet aux membres de la commission de protection des droits et aux agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire de pouvoir « constater les faits susceptibles de constituer des infractions »<sup>(62)</sup>.

La loi ne précise pas de quelle manière la commission de protection des droits et ses agents procéderont, afin de constater les faits constitutifs d'une infraction.

Toutefois, on peut présumer que les agents de la commission de protection des droits utiliseront les mêmes techniques de recherche et de constatation des infractions que les agents des sociétés de gestion collective, en se connectant aux réseaux d'échanges de fichiers « *peer to peer* ». Les agents seront dès lors amenés à collecter des adresses IP afin de pouvoir identifier les contrefacteurs.

Cependant, le champ d'action de la commission de protection des droits et de ses agents sera plus étendu que celui des sociétés de gestion collective et des organismes de défense professionnelle.

La loi HADOPI 2 innove en effet, c'est en permettant de constater les faits constitutifs d'une « négligence caractérisée » à l'obligation de veiller à ce que l'accès à un service de communication au public ne fasse pas l'objet d'une utilisation portant atteinte aux droits d'auteurs ou aux droits voisins<sup>(63)</sup>. Les agents assermentés auront donc pour mission de constater les faits constituant les infractions « punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication en ligne »<sup>(64)</sup>.

Les agents pourront également constater les faits permettant de caractériser les infractions de contrefaçon de droit d'auteur et de contrefaçon de droits voisins, lorsque ces faits sont commis en ligne<sup>(65)</sup>.

La collecte d'une même adresse IP pourra donc entraîner l'ouverture de deux procédures distinctes : une première, dans le cadre de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale dans le but de sanctionner des actes de téléchargeement<sup>(66)</sup> ; une seconde, devant le tribunal de police, afin de punir le manquement à l'obligation de surveillance de l'accès à Internet.

Ceci étant, en l'absence de traitement explicite du statut des adresses IP dans

les lois HADOPI et en l'absence d'une qualification juridique certaine par la jurisprudence, il est fort à craindre que les prévenus continuent à contester devant les tribunaux la validité des constatations des agents assermentés de la Haute autorité.

### B - Les insuffisances des lois HADOPI

Nous avons évoqué en introduction la création par la Haute autorité d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, dont les catégories de données collectées et les destinataires seront déterminés par un décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNIL<sup>(67)</sup>.

Ce traitement aura notamment pour finalité l'envoi de messages d'avertissement par la commission de protection des droits<sup>(68)</sup> et la mise en œuvre « des actes de procédure afférents »<sup>(69)</sup>.

Or, l'envoi de messages d'avertissement n'est prévu qu'en cas de manquement à l'obligation de surveillance et ne s'applique pas aux actes de contrefaçons commis en ligne.

Alors que les agents assermentés de la commission de protection des droits vont procéder à des collectes des données et d'adresses IP afin de constater les actes de contrefaçon, la loi ne semble pas prévoir la création d'un traitement leur permettant, puisqu'elle ne vise que le cas du manquement à l'obligation de surveillance.

Cet oubli est regrettable dans la mesure où, aux vues de ses dernières délibérations, il est fort probable que la CNIL aurait autorisé la collecte d'adresses IP. Et ce d'autant qu'à l'instar des sociétés de gestion collective et des organismes de défense, les autorités publiques sont d'ores et déjà autorisées à créer des traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions pour autant qu'elles aient obtenu l'autorisation préalable de la CNIL<sup>(70)</sup>.

Il faut donc espérer que cet oubli sera réparé, au risque de voir se répéter les problèmes évoqués en première partie de cette note.

On peut d'ailleurs, à cet égard, s'interroger sur le futur rôle des sociétés de gestion collective et des organismes professionnels de défense et l'articulation de leur mission avec celle de la Haute autorité<sup>(71)</sup>.

Quoi qu'il en soit, au jour d'aujourd'hui, alors que la collecte des adresses IP va s'intensifier, on ne peut que constater - et le regretter - que les lois HADOPI ne règlent nullement les interrogations qui existaient déjà quant au cadre dans lequel elles sont collectées.

PAR YVONNE MULLER\*

### I - Détournement de subventions et délit d'abus de confiance

La modification, par le Code pénal de 1992, du texte du délit d'abus de confiance (art. 314-1 C. pén.), a soulevé des questions nouvelles, dont celle de savoir si le délit pouvait être constitué dans le cas du détournement d'une chose remise en pleine propriété. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation paraît désormais fixée qui exclut toute possibilité de constitution du délit, dès lors que la remise des fonds, même assortie d'une affectation déterminée, a été faite en pleine propriété (Cass. crim., 26 janvier 2005, Bull. crim. numéro 29, D. 2005, Pan., obs. G. Roujou de Boubee, T. Garé et C. Mascala ; crim 14 février 2007, AJPénal juin 2007, p. 275 ; Cass. crim., 5 septembre 2007, AJPénal, novembre 2007, p. 481 ; v. ég. D. Rebut, Incompatibilité absolue de l'abus de confiance et de la remise de la propriété, D. 2008 ; p. 958 et s.). Pour autant, cette jurisprudence, encore récente, n'a pas permis de résoudre toutes les difficultés soulevées. Il en est ainsi dans le cas - particulier - de détournement de subventions.

La subvention est une aide singulière accordée à une personne privée dès lors qu'elle émane des pouvoirs publics ou d'une personne publique. Destinée à favoriser ou soutenir certaines activités, elle garde une dimension d'intérêt public.

Ainsi, la subvention ne peut être accordée que si elle satisfait l'intérêt public et son usage doit être conforme à sa destination ; si elle est versée sans condition (subvention générale), l'usage doit être conforme à l'objet de l'aide à laquelle elle est versée (par exemple, l'objet social de l'association bénéficiaire) ; dans le cas d'une attribution de subvention avec conditions (subvention affectée), il doit être conforme à l'affectation des fonds déterminée au moment de son octroi. Aussi, la partie de la subvention non utilisée doit, en principe, être restituée au Trésor public. Dans le même esprit, les subventions utilisées à des fins étrangères à leur destination (objet statutaire et affectation convenue) sont qualifiées de subventions fictives (AN 25 oct. 2005, JO 28 mars 2006, Mme Marie-Jo Zimmermann) et les fonds publics pourront être, dans ce cas, reversés au Trésor public.

\* Yvonne Muller est maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Membre de l'Institut de droit pénal du Barreau de Paris.

#### Notes :

- 1- Publiée au JORF numéro 0135 du 13 juin 2009, page 9666, texte numéro 2.
- 2- DC numéro 2809-580 du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.
- 3- Article L. 331-13 du Code de la propriété intellectuelle.
- 4- Loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 5- Article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle.
- 6- Article 25-4-3° de la loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 7- Délibération de la CNIL numéro 2005-235, 2005-236, 2005-237 et 2005-238 du 18 octobre 2005.
- 8- Conseil d'Etat, 23 mai 2007, numéro 283149.
- 9- Voir notamment la délibération de la CNIL, numéro 2007-334 du 8 novembre 2007.
- 10- Voir <http://www.cnil.fr/fr/milieu-civil/articles/81/adresse-ip-est-une-donnee-a-caractere-personnel-pour-le-cadre-des-cnil-europeennes>. Au niveau européen, on notera la position univoque du Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données du 20 juin 2007. Le Groupe considère les adresses IP « comme des données concernant une personne identifiable », et prend l'exemple des fournisseurs d'accès qui peuvent identifier les utilisateurs auxquels ils allouent lesdites adresses. Elles doivent donc être traitées comme des données à caractère personnel. Bien que non contraignant, l'avis du Groupe de l'article 29 a peut-être eu une influence sur la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, dans son arrêt prononcé le 29 janvier 2008 le Cour inclut l'adresse IP parmi les données à caractère personnel pouvant être communiquées au cours d'une procédure civile, afin de rendre possible l'identification des utilisateurs d'un réseau de « peer to peer ».
- 11- Cour d'appel de Rennes, 3<sup>e</sup> ch, 23 juin 2007, RLDJ numéro 40, juillet 2008, p. 17.
- 12- Cour d'appel de Paris, 13<sup>e</sup> ch section A, 28 janvier 2008, Laurent F et SSCP et autres, Cour d'appel de Paris, 27 avril 2007, numéro juris data 2007-338935.
- 13- IGI Paris, 3<sup>e</sup> ch, 3<sup>e</sup> section, 24 juin 2009, Jean-Yves Lafesse et autres et Google et autres, <http://www.legalis.net>.
- 14- Cour de cassation, 13 janvier 2009, Bull. crim 2009, numéro 13. En l'espèce, l'agent de la SACEM-SDRM n'avait pas eu recours à un mode de détection automatique des infractions et s'était contenté de relayer manuellement les adresses IP sans les inscrire dans un fichier. Ses opérations n'entraînent pas dans le champ de l'article 9-4° de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 15- Article L. 331-21-1 du Code de la propriété intellectuelle.
- 16- Article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle.
- 17- Article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle.
- 18- Respectivement, les articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle.
- 19- Article 495-6-1 du Code de procédure pénale.
- 20- Article L. 331-29 du Code de la propriété intellectuelle.
- 21- Article L. 331-25 du Code de la propriété intellectuelle.
- 22- Procédure prévue à l'article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle.
- 23- Article 9-1° de la loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- 24- Certes, les sociétés de gestion collective et les organismes professionnels de défense sont informés des saisines de l'autorité judiciaire lors d'actions initiées par l'ADOPTI. Toutefois, ils ne peuvent pas se porter partie civile dans le cadre de la procédure de l'indemnité pécuniaire. Ils doivent faire citer l'auteur de l'infraction devant le tribunal correctionnel afin que le tribunal statue « uniquement » sur les intérêts.