



# Recommandation du PFPDT concernant le traitement et la communication de données électroniques par une entreprise suisse mandatée par les détenteurs de droits d'auteur

## Situation initiale

Mandatée par l'industrie des médias, une entreprise suisse (ci-après : la Société X. SA) effectue des recherches dans des réseaux pair à pair (P2P) dans le but de déceler des violations du droit d'auteur commises au sein des sites d'échange de fichiers musique et vidéo sur Internet. Pour ce faire, cette entreprise a développé un logiciel spécial qui lui permet de déceler de manière automatisée les œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont illégalement proposées pour téléchargement dans des réseaux P2P. Le logiciel en question essaie alors de télécharger les contenus concernés et enregistre les traces électroniques laissées par l'utilisateur du logiciel P2P mettant à disposition les œuvres protégées. Ces données – enregistrées à l'insu des personnes concernées, y compris du détenteur de l'accès Internet qui peut être de bonne foi – sont communiquées périodiquement à l'étranger aux détenteurs des droits d'auteur de l'œuvre concernée ou à leurs représentants légaux.

En principe, les données collectées (notamment l'adresse IP) ne permettent pas à elles seules d'identifier directement la personne qui utilise l'accès Internet, que ce soit la personne mettant à disposition les fichiers protégés par le droit d'auteur ou le détenteur de l'accès Internet. Les données relatives à l'adresse IP (telles que le nom et l'adresse du détenteur de l'accès Internet) sont détenues par les fournisseurs de services de télécommunications et protégées par le secret des télécommunications. Ce n'est que dans le cadre d'une enquête pénale que les autorités d'instruction peuvent obtenir l'identité du détenteur de l'accès Internet. C'est pour cette raison que les détenteurs des droits d'auteur ou leurs représentants légaux, sur la base des données collectées par la société X. SA, déposent une plainte pénale contre inconnu auprès des autorités d'instruction compétentes. Dans le cadre de la procédure pénale, ils font alors valoir leur droit d'accès au dossier et se procurent ainsi l'adresse du détenteur de l'adresse IP (qui n'est pas nécessairement la personne ayant commis l'infraction). Ils mettent alors ce dernier en demeure de verser des dommages-intérêts et de cesser la mise à disposition illicite des fichiers protégés.

Les données collectées par la société X. SA (en particulier l'adresse IP) étant des données personnelles, leur traitement est régi par la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1). Vu que les méthodes de traitement utilisées par la société X SA peuvent porter atteinte à la sphère privée d'un grand nombre de personnes et que ces données sont traitées à l'insu des



personnes concernées, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a procédé, en vertu de l'article 29 LPD, à un examen des faits.

## **Examen de la licéité du traitement des données**

Pour pouvoir juger si le traitement de données est conforme à la LPD, il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure les principes de la protection des données sont respectés, à savoir : le principe de la licéité (art. 4 al. 1 LPD), le principe de la finalité (art. 4 al. 3 LPD), le principe de la bonne foi ainsi que celui de la transparence (art. 4 al. 2 LPD), le principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2) et les conditions d'une communication transfrontière des données (art. 6 LPD). Si ces principes ne sont pas respectés et qu'il faut admettre que le traitement de données porte atteinte à la personnalité (art. 12 LPD), il y a lieu de vérifier s'il existe des motifs justificatifs qui permettraient néanmoins d'effectuer le traitement de données (art. 13 LPD).

### **Principes de la protection des données**

En vertu de l'art. 4 al. 1 LPD, des données personnelles ne peuvent être collectées que de manière licite. Les personnes qui participent à un réseau pair à pair mettent volontairement des œuvres à disposition pour l'échange et par ce biais les données nécessaires à la connexion au réseau sont communiquées. Il n'existe à ce jour aucune base légale spécifique qui permette une collecte systématique d'adresses IP dans des réseaux P2P ; une telle collecte de données n'est toutefois pas non plus expressément interdite par la législation en vigueur. Néanmoins, le PFPDT est d'avis qu'un tel traitement de données doit faire l'objet d'une base légale explicite : en l'occurrence, le traitement de données effectué par la société X. SA a en effet lieu à l'insu des personnes concernées, de manière proactive, et les données collectées sont utilisées pour engager des procédures pénales. Le cadre juridique devrait également régler la valeur probante des données collectées sur Internet par des privés ainsi que leur admissibilité en tant que preuves. De telles réglementations font d'ailleurs actuellement l'objet de discussions dans d'autres Etats.

Selon l'art. 4 al. 3 LPD, les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances. Dans un réseau P2P, les données de connexion sont rendues accessibles afin de permettre l'échange des contenus. La collecte et l'enregistrement systématiques de ces données dans le but de traquer des violations du droit d'auteur ne sont donc pas conformes au but poursuivi à l'origine ; ce changement de finalité n'est pas prévu par une loi et n'est pas non plus reconnaissable pour les utilisateurs du logiciel (de même que pour le détenteur de l'adresse IP). Ce faisant, la société X. SA ne respecte pas le principe de la finalité.

En vertu de l'art. 4 al. 2 LPD, les traitements de données doivent être effectués conformément au principe de la bonne foi. De ce principe découle celui de la transparence selon lequel un traitement de données doit être reconnaissable pour la personne concernée - en d'autres termes, la personne concernée doit en être informée ou elle doit s'y attendre au vu des circonstances. Dans le cas d'espèce, la société X. SA collecte des données à l'insu des personnes concernées (que ce soit le



détenteur de l'accès Internet ou la personne mettant effectivement à disposition les fichiers protégés), de sorte que ceci doit être considéré comme une collecte secrète de données. Comme les données de connexion entre les divers logiciels d'échange de fichiers sont échangées sans que les utilisateurs n'en prennent connaissance et que la société X. SA a d'ailleurs développé un logiciel spécial pour accéder à ces données et pour les enregistrer, l'utilisateur d'un tel logiciel ne peut pas s'attendre à un tel traitement de données. Quant au détenteur de l'accès Internet, n'étant pas impliqué dans le processus d'échange (à moins qu'il ne mette lui-même à disposition les fichiers protégés), il n'est en aucun cas informé du traitement des données. Dans ces conditions, la société X. SA ne respecte donc pas non plus le principe de la transparence.

Les données sont collectées par la société X. SA dans le but d'identifier le détenteur de l'accès Internet pour formuler ensuite à son encontre des revendications civiles. Les données relatives à l'adresse IP sont protégées par le secret des télécommunications et une identification du détenteur d'un tel accès n'est actuellement possible que dans le cadre d'une procédure pénale. En déposant une plainte pénale dans le seul but de constater l'identité du détenteur de l'accès Internet afin de faire ensuite valoir des prétentions civiles envers ce dernier, les détenteurs des droits d'auteur ou leurs représentants légaux contournent le secret des télécommunications valable dans le domaine civil et commettent un abus de droit. Une telle démarche doit en effet être considérée comme contraire au principe de la bonne foi dans la mesure où le droit d'accès au dossier est utilisé pour revendiquer des dommages-intérêts à un détenteur d'accès Internet qui peut être de bonne foi, ceci souvent sans même attendre la fin de la procédure pénale et la condamnation de ce dernier (et donc sans savoir si celui-ci a effectivement commis une infraction au droit d'auteur). Comme l'utilisation abusive du droit d'accès aux dossiers dans le cadre d'une procédure pénale dans le but d'introduire une procédure civile contre un détenteur d'accès Internet viole le principe de la bonne foi et ne peut pas dans ces conditions être justifié, il ne serait dans ce cas même plus nécessaire de vérifier la proportionnalité de la démarche. En outre, le PFPDT est d'avis que l'accès à l'identité du détenteur de l'adresse IP – qui constitue une atteinte au secret des télécommunications – nécessite une base légale qui prévoit les conditions pouvant légitimer une telle atteinte ; aucune disposition comparable à celle qui existe dans le domaine pénal n'existe à l'heure actuelle dans le domaine civil (La loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1) règle les conditions de surveillance et d'identification dans le cadre d'une procédure pénale).

Compte tenu de ce qui précède, le traitement de données effectué par la société X. SA ne sera encore soumis à un examen de sa proportionnalité que pour l'engagement d'une procédure pénale. Un traitement de données peut être considéré comme proportionné s'il est nécessaire et approprié au but poursuivi et si les mesures prises sont raisonnables par rapport à l'atteinte à la personnalité de la personne concernée. Le traitement effectué par la société X. SA est une mesure propre à délimiter le cercle des personnes suspectées de violer le droit d'auteur et à établir les faits d'une telle infraction afin de pouvoir ensuite déposer une plainte qui aie de bonnes chances de succès. Cette mesure est également nécessaire pour constater qu'une violation du droit d'auteur a été commise et pour pouvoir démontrer l'infraction. Il est en principe acceptable qu'un détenteur d'accès Internet de bonne foi soit exposé à une procédure pénale aussi longtemps qu'il n'en subit pas des inconvénients majeurs. En l'espèce, celui-ci subit de tels inconvénients dès lors qu'il est confronté à des demandes en dommages-intérêts émanant des détenteurs des droits d'auteur ou de leurs représentants légaux, une fois que son identité a été dévoilée dans le cadre du droit d'accès au dossier. En l'occurrence, les



détenteurs des droits d'auteur ne doivent pas forcément connaître l'identité du détenteur de l'accès Internet de bonne foi pour exercer leurs droits de partie dans le cadre d'une procédure pénale. En outre, il convient de rappeler que ces derniers peuvent également faire valoir leurs prétentions en dommages-intérêts à l'égard de la personne ayant commis l'infraction au droit d'auteur par la voie d'une action civile jointe à l'action pénale. Ce n'est que dans ces conditions que le traitement des données effectué par la société X. peut être considéré comme proportionné.

Le traitement de données effectué par la société X. SA ne respectant par ailleurs pas les principes de finalité et de transparence, celui-ci constitue une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 12 LPD et qui nécessite un motif justificatif selon l'art. 13 LPD. Le traitement de données suivi d'une plainte pénale déposée en vue de prétentions civiles étant contraire au principe de la bonne foi (et doit être considéré comme un abus de droit), il ne peut être justifié d'aucune manière.

### **Motifs justificatifs**

Selon l'art. 13 al. 1 LPD, une atteinte à la personnalité n'est pas illicite si elle peut être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt privé ou public prépondérant ou par la loi. Etant donné que les données ont été collectées à l'insu des personnes concernées, le traitement de ces données ne peut pas être justifié par un consentement de leur part. Dans le cas d'espèce, un intérêt public prépondérant ou une base légale ne peuvent pas non plus être admis comme motifs justificatifs.

En l'occurrence, seul un intérêt prépondérant privé pourrait donc permettre de justifier le traitement de données effectué par la société X. SA. Dans le cas présent, un tel intérêt ne peut être trouvé que dans la poursuite pénale de la violation des droits d'auteur (voir ci-dessus). Cette situation présente un conflit entre deux intérêts opposés : d'une part l'intérêt des détenteurs des droits d'auteur à poursuivre en justice les personnes violant leurs droits et à en exiger des dommages-intérêts, d'autre part les droits de la personnalité - notamment le droit à l'autodétermination informationnelle - des personnes concernées (en particulier du détenteur de l'accès Internet de bonne foi). En l'occurrence, le droit de consultation des dossiers - tel qu'il est accordé actuellement par les autorités d'instruction - ne permet pas de limiter le traitement de données effectué par la société X. SA à la poursuite pénale de l'infraction contre les droits d'auteur. Il s'avère plutôt que les données collectées par la société X. SA par le biais du droit d'accès aux dossiers sont utilisées de façon abusive pour engager des actions civiles contre les détenteurs de l'accès Internet utilisés qui sont de bonne foi. Cette démarche constitue en fin de compte un contournement du secret des télécommunications dans le domaine civil, une pratique que les détenteurs des droits d'auteur utilisent abondamment. Etant donné que cette pratique porte atteinte aux droits de la personnalité d'un nombre indéfini de détenteurs d'accès Internet qui sont de bonne foi, l'engagement d'une procédure pénale ne peut dans ce cas pas être considérée comme un motif justificatif suffisant tant qu'il n'est pas garanti que les identités des détenteurs d'accès Internet qui sont de bonne foi soient protégées dans le cadre d'une procédure pénale.



## Conclusion et recommandation

Le PFPDT constate que le traitement de données effectué par la société X. SA ne respecte pas les principes fondamentaux de la LPD et qu'il n'existe aucun motif suffisant permettant de justifier un tel traitement de données. Ceci est notamment le cas parce que les détenteurs du droit d'auteur abusent du droit d'accès aux dossiers pour contourner le secret des télécommunications dans le domaine du droit privé. Déjà lors des débats parlementaires relatifs à l'art. 51 LDA, le législateur a retenu que l'octroi de renseignements ne peut pas être imposé par la puissance publique dans le cadre de prétentions civiles et a renvoyé à la voie de l'action de droit civil. Egalement dans les discussions plus récentes concernant la transposition du Traité de l'OMPI, une telle possibilité n'a pas été prévue. Le PFPDT défend le point de vue qu'une telle atteinte au secret des télécommunications nécessite une base légale dans le domaine civil.

Pour ces raisons, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande à la société X. SA de mettre fin immédiatement au traitement de données qu'elle effectue.

La société X. SA communiquera au PFPDT, dans les 30 jours qui suivent la réception de la recommandation, si elle l'accepte ou la rejette. Si la recommandation est rejetée ou n'est pas suivie, le PFPDT peut, en vertu de l'article 29 al. 4 LPD, porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral pour décision.