

## Note d'observations

# Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal : protection et obligations du fournisseur d'accès

Hakim Haouideg et Stijn Debaene<sup>1</sup>

1. De plus en plus de professionnels offrent gratuitement un accès WI-FI à Internet à partir de leur établissement, soit pour plaire à leurs clientèles existantes, soit pour en attirer de nouvelles.

Lorsque cet accès Internet est utilisé à des fins illégales plusieurs questions juridiques se posent, notamment quant à la responsabilité du fournisseur de cet accès et aux mesures qu'il peut être contraint de mettre en place pour éviter que des activités illégales soient commises par les utilisateurs de son réseau. La Cour de Justice y a répondu par l'arrêt annoté du 15 septembre 2016<sup>2</sup>.

### I. Le contexte

2. Monsieur Mc Fadden gère une entreprise de vente et de location d'appareils d'illumination et de sonorisation. Dans et aux abords de son entreprise, il offrait un accès Wi-Fi à la fois gratuit et totalement ouvert (c'est-à-dire non protégé par un quelconque mot de passe), afin, disait-il, d'attirer l'attention des passants vers son établissement.

3. Ce qui devait arriver arriva: l'un des utilisateurs de ce réseau partagea une œuvre musicale protégée sur les réseaux *peer-to-peer* sans le consentement des ayants-droits.

Sony Music, l'un de ces ayants-droits, adressa à Monsieur Mc Fadden un courrier de mise en demeure de cesser l'atteinte constatée et de l'indemniser pour le préjudice subi.

4. Affirmant ne pas avoir commis lui-même l'atteinte reprochée mais ne pouvant exclure que cette atteinte ait bien été commise par l'un des utilisateurs de son réseau, Monsieur Mc Fadden décida de prendre les devants et de saisir le tribunal régional de Munich afin d'entendre dire pour droit qu'il ne pouvait être tenu responsable des faits (ou méfaits) commis par des utilisateurs grâce à son réseau.

Naturellement, Sony Music forma, à titre reconventionnel, plusieurs demandes visant à établir la responsabilité de Monsieur Mc Fadden et à entendre prononcer à son égard un ordre de cessation.

### II. La jurisprudence allemande dite *Störerhaftung*

5. La juridiction de renvoi considéra qu'il n'était pas possible d'engager la responsabilité directe de Monsieur Mc Fadden, puisqu'il n'était pas démontré qu'il avait directement pris part à cette atteinte.

Cependant, sur base de la jurisprudence allemande dite "*Störerhaftung*", il était possible de le tenir indirectement responsable au motif que Monsieur Mc Fadden n'avait pas sécurisé son réseau Wi-Fi, ce qui avait permis de commettre des atteintes aux droits d'auteur de manière totalement anonyme.

---

<sup>1</sup> Hakim Haouideg et Stijn Debaene sont avocats au barreau de Bruxelles.

<sup>2</sup> CJUE, 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, affaire, C-484/14, ci-après appelé l'arrêt annoté.

Cette jurisprudence allemande est basée sur une interprétation de la loi sur le droit d'auteur voulant qu'une personne, sans être auteur ou complice d'une atteinte aux droits d'auteur, puisse néanmoins être tenue indirectement responsable si elle a délibérément contribué à l'atteinte. Tel était en particulier le cas, suite à un arrêt de la Cour fédérale allemande<sup>3</sup>, de l'exploitant d'un réseau Wi-Fi permettant un accès à Internet non sécurisé par un mot de passe.

6. Avant de faire application de cette jurisprudence "*Störerhaftung*", la juridiction de renvoi interrogea la Cour de justice, par une série de dix questions, portant sur le cadre européen régissant la matière, et plus précisément sur son champ d'application (ci-après, point III.), sur la possibilité de tenir un intermédiaire indirectement responsable d'une violation du droit d'auteur au motif qu'il n'a pas sécurisé son réseau (ci-après, point IV.) et enfin sur la possibilité de prononcer à l'égard d'un intermédiaire une injonction l'obligeant à sécuriser son réseau afin d'éviter de nouvelles atteintes (ci-après, point V.).

### III. Le champ d'application du cadre européen et services "gratuits"

7. La responsabilité des intermédiaires de l'internet est harmonisée par la directive 2000/31 sur le commerce électronique<sup>4</sup> (ci-après la "directive 2000/31"), qui prévoit un régime d'exonération de responsabilité à l'égard de certaines activités d'intermédiaires, sous certaines conditions que nous aborderons ci-après.

Cependant, la juridiction de renvoi doutait de l'applicabilité de ce cadre européen en l'espèce au motif que l'accès au réseau Wi-Fi de Monsieur Mc Fadden était offert à titre gratuit.

Or, le cadre européen ne s'applique qu'aux services dits "*services de la société de l'information*" et l'un des éléments de la définition de ce type de services est qu'il doit être "*presté normalement contre rémunération*"<sup>5</sup>.

8. Dans son arrêt *Papasavvas* du 11 septembre 2014<sup>6</sup>, la Cour de justice avait déjà abordé la problématique de l'absence de rémunération versée directement par les destinataires du service à propos d'un site d'informations gratuit.

Optant pour une interprétation large du concept de "rémunération", la Cour jugea qu'un tel site est bien un service de la société de l'information si l'éditeur du site, quoique ne percevant aucune rémunération de ses lecteurs, est rémunéré par les revenus générés par des publicités figurant sur son site.

---

<sup>3</sup> Bundesgerichtshof, 12 mai 2010, I ZR 121/08.

<sup>4</sup> 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 (JOUE 2000, L 178, p. 1).

<sup>5</sup> La définition complète se lit comme suit "*tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire*" et se retrouve à l'article 1<sup>er</sup>, 2) de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (JOUE 1998, L 204, p. 37), telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, JOUE 1998, L 217, p. 18) :

<sup>6</sup> CJUE, 11 sept. 2014, *Papasavvas*, affaire C-291/13.

9. Par l'arrêt annoté, la Cour opta également pour une interprétation large, prônée par l'Avocat Général Szpunar<sup>7</sup>, et considéra que la fourniture d'un réseau Wi-Fi à titre gratuit, comme le faisait Monsieur Mc Fadden, constitue bien un service de la société de l'information.

A cet égard, la Cour jugea que les services prestés normalement contre rémunération sont tous ceux qui "*représentent une activité économique*"<sup>8</sup>, ce qui est notamment le cas des services fournis gratuitement "*à des fins publicitaires pour des biens vendus ou des services fournis par ce prestataire*".

10. L'applicabilité du cadre européen en l'espèce étant confirmée, il convient ensuite d'en examiner les conséquences pour un fournisseur d'accès Internet comme Monsieur Mc Fadden.

#### **IV. L'exemption de responsabilité du fournisseur d'accès internet: trois conditions et rien que trois conditions**

11. La directive 2000/31 prévoit différents régimes d'exemption de responsabilité au profit de plusieurs activités d'intermédiaires de l'Internet, parmi lesquels figure l'activité de fournisseur d'accès.

12. L'article 12 de cette directive dispose ainsi que les fournisseurs d'accès Internet ne peuvent être tenus responsables des informations transmises, à la triple condition toutefois que ces prestataires ne soient pas à l'origine d'une telle transmission, qu'ils ne sélectionnent pas le destinataire de cette transmission et qu'ils ne sélectionnent ni ne modifient les informations faisant l'objet de ladite transmission<sup>9</sup>.

13. Dans l'arrêt annoté, la Cour de justice rappelle avec force que ces trois conditions sont les seules qu'il convient de respecter pour bénéficier de l'exemption de responsabilité : "*il n'existe pas d'autre exigences, en dehors de celle mentionnée dans cette disposition, auxquelles les prestataires de services fournissant l'accès à un réseau de communication est soumis*"<sup>10</sup>.

En particulier, la Cour rejette toutes les autres conditions que les ayants-droits ont tenté de lui faire ajouter à ce texte<sup>11</sup>, notamment :

---

<sup>7</sup> Conclusions de l'Avocat Général M. Maciej Szpunar présentées le 16 mars 2016, affaire C-484/14.

<sup>8</sup> Point 40 de l'arrêt annoté, la Cour se fondant également sur l'extrait suivant du considérant 18 de la directive 2000/31 : "*Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données.*"

<sup>9</sup> L'article 12.1 de la directive 2000/31 se lit comme suit: " 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire: a) ne soit pas à l'origine de la transmission; b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission."

<sup>10</sup> Point 71 de l'arrêt annoté.

<sup>11</sup> Au point 69 de l'arrêt annoté, la Cour rappelle en des termes cinglants: "*il n'appartient pas à la Cour de se substituer au législateur de l'Union en soumettant l'application de cette disposition à des conditions que ce dernier ne prévoit pas.*"

- la nécessité d'une relation contractuelle entre le fournisseur d'accès et le destinataire du service<sup>12</sup>;
- l'obligation de mettre en œuvre des moyens publicitaires pour promouvoir la fourniture d'accès internet<sup>13</sup>;
- l'obligation d'agir promptement pour retirer l'information illicite ou rendre son accès impossible dès qu'ils ont connaissance d'un caractère illicite d'une information. Cette dernière condition existe bien pour les activités d'hébergement, autre activité d'intermédiaires d'Internet, mais ne saurait être appliquée par analogie aux activités de fournisseurs d'accès Internet<sup>14</sup>.

**14.** Autrement dit, si les trois conditions énoncées à l'article 12 de la directive sont remplies, il est interdit aux Etats-Membres d'encore rechercher la responsabilité des fournisseurs d'accès pour les informations illicites transmises sur leur réseau par des tiers.

Il en découle que la jurisprudence allemande dite "*Störerhaftung*" est contraire au droit de l'Union si elle permet de rechercher, par voie indirecte, la responsabilité d'un fournisseur d'accès qui remplirait par ailleurs les trois conditions visées à l'article 12 de la directive.

Il n'a cependant pas fallu attendre la jurisprudence de la Cour puisque la suppression de cette jurisprudence faisait déjà l'objet de discussions au niveau législatif allemand dans le cadre de son "agenda digital"<sup>15</sup> et fut adoptée par le parlement allemand le 2 juin 2016, soit quelques mois après les conclusions de l'Avocat Général et quelques mois avant la décision de la Cour dans l'arrêt annoté<sup>16</sup>.

**15.** Enfin, sur la responsabilité du fournisseur d'accès, se posait encore une dernière question concernant l'usage allemand, de se faire rembourser les frais d'une mise en demeure adressée par un avocat.

La Cour considère les frais de mise en demeure comme l'accessoire de la demande principale et ils en suivent donc le sort : si la mise en demeure concerne une demande d'indemnisation en raison de la violation par des tiers de droits d'auteur, les frais de celle-ci ne peuvent pas plus que l'indemnisation elle-même être mis à charge du fournisseur d'accès<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Point 50 de l'arrêt annoté.

<sup>13</sup> Point 50 de l'arrêt annoté.

<sup>14</sup> Point 63 de l'arrêt annoté: "*En revanche, s'agissant d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication, le service de transport des informations qu'il fournit ne se prolonge normalement pas dans le temps, de telle sorte que, après avoir transmis des informations, il n'exerce plus aucun contrôle sur celles-ci. Dans ces conditions, le fournisseur d'accès à un réseau de communication, contrairement à l'hébergeur d'un site Internet, n'est, souvent, pas en mesure d'entreprendre, à un moment ultérieur, d'actions visant à retirer certaines informations ou à rendre impossible l'accès à ces dernières.*"

<sup>15</sup> Une partie de l'opinion publique allemande accusait cette jurisprudence d'être l'une des causes du faible développement des réseaux Wi-Fi ouverts en Allemagne, en comparaison avec les pays voisins. Ainsi, selon une étude de l'association allemande de l'industrie Internet ECO, l'Allemagne ne disposait que de deux réseaux Wi-Fi ouverts par 100.000 habitants, contre plus de cinq en France et près de trente au Royaume-Uni. (<https://international.eco.de>).

<sup>16</sup> Un nouvel article 8(3) du Telemediengesetz (loi sur les médias électroniques) du 26 février 2007 précise désormais que les exemptions de responsabilité s'appliquent également aux fournisseurs de services de la société de l'information offrant aux utilisateurs un accès à Internet via un réseau local sans fil.

<sup>17</sup> Points 74 et 75 de l'arrêt annoté.

Par contre, et cela nous mène au troisième sujet abordé par la Cour, si cette mise en demeure concerne une injonction qui peut être prononcée à l'égard de l'intermédiaire, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le droit national mette les frais de la mise en demeure à charge du fournisseur d'accès<sup>18</sup>.

## **V. Les injonctions à l'égard des fournisseurs d'accès internet: la recherche du juste équilibre**

**16.** L'article 12 de la directive 2000/31 précise, en son troisième paragraphe, qu'il "*n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.*"

En matière d'atteinte aux droits d'auteur, la possibilité de prononcer une injonction contre un intermédiaire est offerte par l'article 8.3 de la directive 2001/29<sup>19</sup>, qui se lit comme suit : "*Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.*"

Cette possibilité existe également pour les titulaires d'autres droits de propriété intellectuelle, en vertu de l'article 11 de la directive 2004/48<sup>20</sup>.

**17.** Cependant, tout type d'injonction n'est pas pour autant permis à l'égard d'un intermédiaire de l'Internet puisque l'article 15 de la directive 2000/31 prévoit l'interdiction aux États membres d'imposer à ceux-ci une obligation générale de surveillance des contenus que ces intermédiaires transmettent ou stockent ou de contraindre ceux-ci à rechercher, parmi ces informations, des faits ou circonstances révélant des activités illicites<sup>21</sup>.

**18.** C'est bien là tout le cœur du problème. D'une part, il convient de préserver les activités des intermédiaires de l'Internet, puisque sans eux l'Internet ne pourrait fonctionner. D'autre part, ils sont souvent les mieux placés pour empêcher les activités illicites, telles les atteintes aux droits d'auteur.

Ce conflit est d'autant plus délicat à résoudre qu'il oppose des droits fondamentaux, reconnus comme tels par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>22</sup>.

D'un côté, toute injonction contre un fournisseur d'accès internet entrave sa liberté d'entreprise, protégée par l'article 16 de la Charte, ainsi que la liberté d'expression et d'information de ce fournisseur d'accès mais aussi de ses utilisateurs, libertés garanties par l'article 11 de la Charte.

---

<sup>18</sup> Points 76 à 78 de l'arrêt annoté.

<sup>19</sup> Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOUE* 2001, L 167.

<sup>20</sup> Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JOUE* 2004, » L 157.

<sup>21</sup> Article 15 : « Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »

<sup>22</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* 2000, 2000/C 364/01 (ci-après "la Charte").

De l'autre côté, le respect de la propriété intellectuelle est également un droit fondamental, expressément garanti par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

**19.** Ce n'est évidemment pas la première fois que la Cour de justice est amenée à arbitrer ce type de conflit et un bref rappel de sa jurisprudence en la matière s'impose.

Dans son arrêt *Promusicae* du 29 janvier 2008<sup>23</sup>, la Cour avait déjà développé la notion de "juste équilibre" qu'il convient de trouver entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Il s'agissait en l'espèce d'un conflit entre le droit au respect de la propriété intellectuelle et celui au respect de la vie privée<sup>24</sup>.

Ensuite, par son arrêt *l'Oréal* du 12 juillet 2011<sup>25</sup>, la Cour précisa que, pour assurer ce "juste équilibre", les injonctions prononcées contre un intermédiaire doivent être "effectives, proportionnées, dissuasives et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime"<sup>26</sup>.

A ce stade de l'évolution de la jurisprudence, la Cour avait cependant toujours laissé aux juridictions nationales le soin d'atteindre le juste équilibre ainsi défini.

Par son arrêt *Scarlet* du 24 novembre 2011<sup>27</sup>, la Cour considéra pour la première fois une injonction concrète consistant à contraindre le fournisseur d'accès à mettre en place un système de filtrage de toutes les informations transitant sur son réseau. Considérant que l'injonction sollicitée n'était pas limitée, ni dans le temps ni quant à son objet<sup>28</sup>, la Cour de justice estima qu'une telle mesure ne permettait pas d'atteindre le juste équilibre recherché<sup>29</sup>.

Par son arrêt *UPC Telekabel Wien* du 27 mars 2014<sup>30</sup>, la Cour se pencha à nouveau sur une injonction concrète consistant cette fois en un ordre adressé à un fournisseur d'accès Internet de prendre toutes les mesures raisonnables pour bloquer l'accès à un site Internet déterminé (sur lequel des atteintes aux droits d'auteur sont commises).

Cette injonction est, selon la Cour, susceptible d'atteindre le juste équilibre recherché si elle remplit deux conditions, qu'il incombe aux juridictions nationales de vérifier. D'une part, la mesure ordonnée doit être proportionnée, c'est-à-dire suffisamment ciblée pour ne pas priver inutilement les

---

<sup>23</sup> CJUE, 29 janvier 2008, *Promusicae*, affaire C-275/06. Voy. également la note de F. COUDERT et E. WERKERS, "La protection des droits d'auteur face aux réseaux peer-to-peer : la levée du secret des communications est-elle justifiée ?", *RDTI* 2008, n° 30, p. 76.

<sup>24</sup> Voy. aussi sur cette question l'ordonnance de la Cour de justice du 19 février 2009 dans l'affaire LSG (C-557/07).

<sup>25</sup> CJUE, 12 juillet 2011, *l'Oréal/eBay*, affaire C-324/09. Voy. également la note de S. DUSOLLIER et E. MONTERO, "Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts eBay et Interflora", *RDTI* 2011/4, n° 45, p. 170.

<sup>26</sup> CJUE, 12 juillet 2011, *précité*, point 144

<sup>27</sup> CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet / SABAM*, affaire C-70/10. Voy. également la note de D. GOBERT et J. JOURET, "L'arrêt Scarlet contre Sabam : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet", *RDTI* 2012/1, n° 46, p. 33.

<sup>28</sup> Elle visait toute atteinte à toutes les œuvres figurant actuellement ou qui viendront s'ajouter au catalogue de la SABAM, la société de gestion collective qui avait sollicité l'injonction.

<sup>29</sup> Voy. pour une décision similaire concernant non pas un fournisseur d'accès internet mais un hébergeur, voy. CJUE, 16 février 2012, *SABAM / Netlog*, affaire C-360/10.

<sup>30</sup> CJEU, 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien*, affaire C-314/12. Voy. également la note de V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, "Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de justice affine sa jurisprudence", *RDTI* 2014/2, n° 55, p. 38.

utilisateurs de la possibilité d'accéder aux sites Internet licites. D'autre part, la mesure doit également être efficace - c.-à-d. effectivement empêcher la consultation des informations illicites -, ou à tout le moins être dissuasive - c.-à-d. en ce sens qu'elle rend difficilement réalisable ou décourager sérieusement les utilisateurs d'accéder aux informations illicites -.

Enfin, par son arrêt *Coty Germany* du 16 juillet 2015<sup>31</sup>, la Cour justice jugea contraire à la directive 2004/48 une disposition de droit national (en l'espèce le secret bancaire allemand) permettant de refuser systématiquement toute demande d'information portant sur le nom et l'adresse du titulaire d'un compte bancaire appartenant à un contrefacteur présumé. Une telle disposition nationale porte en effet une atteinte caractérisée à l'exercice du droit fondamental de propriété intellectuelle et ne respecte dès lors pas l'exigence d'un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux mis en balance.

**20.** Dans l'affaire *Mc Fadden*, la juridiction de renvoi avait interrogé la Cour sur les trois seules mesures qu'elle envisageait de prononcer, à savoir : l'arrêt de la fourniture du réseau Wi-Fi, la surveillance de toutes les informations transmises sur son réseau et l'obligation de sécuriser la connexion au moyen d'un mot de passe.

Sur base sa jurisprudence précédente, la Cour se devait de conclure que ni la première ni la seconde mesure n'étaient susceptibles d'atteindre le juste équilibre recherché.

Un ordre d'arrêter purement et simplement d'offrir du réseau Wi-Fi constituerait ainsi une atteinte caractérisée et disproportionnée aux libertés de Monsieur *Mc Fadden* et de ses utilisateurs<sup>32</sup>.

De même, ayant déjà jugé qu'une mesure de filtrage général ne pouvait être ordonné<sup>33</sup>, la Cour se devait de confirmer qu'une surveillance générale des informations transitant sur son réseau ne pouvait être ordonnée, d'autant qu'une telle mesure constituerait une violation de l'article 15 précité de la directive 2000/31.

**21.** La seule mesure ayant donc donné lieu à un examen approfondi de la Cour fut celle consistant à ordonner au fournisseur de sécuriser sa connexion Wi-Fi au moyen d'un mot de passe.

A cet égard, la Cour émet les cinq considérations.

En premier lieu, la Cour de justice constate qu'une telle mesure ne constitue pas une atteinte "*au contenu essentiel*" de la liberté d'entreprise de Monsieur *Mc Fadden*, dès lors qu'elle "*se contente d'aménager, de façon marginale, l'une des modalités techniques d'exercice de l'activité de ce fournisseur*"<sup>34</sup>.

Deuxièmement, la liberté d'information des destinataires du service n'est pas non plus fondamentalement atteinte dès lors que la mesure "*se limite à exiger de ces derniers qu'ils*

---

<sup>31</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Coty Germany / Stadtparkasse Magdeburg*, affaire C-580/13.

<sup>32</sup> CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet / SABAM*, affaire C-70/10, point 49.

<sup>33</sup> CJUE, 12 juillet 2011, *l'Oréal/eBay*, affaire C-324/09, point 139 et CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet / SABAM*, affaire C-70/10, point 36.

<sup>34</sup> Point 91 de l'arrêt annoté.

*demandent à obtenir un mot de passe, étant entendu, en outre, que cette connexion ne constitue qu'un moyen parmi d'autres pour accéder à Internet*<sup>35</sup>.

Troisièmement, la Cour estime que, quoiqu'une telle mesure ne soit pas ciblée au sens voulu par l'enseignement de l'arrêt précité *UPC Telekabel Wien*, elle n'en demeure pas moins proportionnée puisque ni la liberté du fournisseur ni celle des utilisateurs n'est sérieusement atteinte dès lors qu'elle n'opère aucun blocage de site Internet<sup>36</sup>.

Quatrièmement, la Cour rappelle également que, eu égard à sa jurisprudence antérieure, il convient que la mesure soit efficace pour atteindre l'équilibre recherché. Or, selon la Cour, la seule sécurisation par un mot de passe ne suffit pas à rendre la mesure efficace. Pour être efficace, cette mesure ne pourrait être ordonnée que "*pour autant que ces utilisateurs soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement*"<sup>37</sup>.

Enfin, en cinquième lieu, la Cour se fonde sur la constatation de la juridiction de renvoi selon laquelle "*en dehors des trois mesures évoquées par elle, il n'existe aucune autre mesure qu'un fournisseur d'accès à un réseau de communication, tel que celui en cause au principal, pourrait en pratique mettre en œuvre pour se conformer à une injonction telle que celle en cause au principal*"<sup>38</sup>.

Si tel est le cas, il convient en effet, sur base notamment des principes établis par la Cour dans son arrêt précité *Coty Germany*, d'en tenir compte pour éviter le déni de toute mesure, qui conduirait à "*priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre*"<sup>39</sup>.

Ainsi, la Cour arrive-t-elle à la conclusion que le juste équilibre entre les droits fondamentaux en cause est atteint lorsqu'un Tribunal ordonne à fournisseur de Wi-Fi gratuit de sécuriser sa connexion par un mot de passe qui, afin que les utilisateurs ne puissent agir anonymement, ne peut leur être délivré qu'à condition que ces derniers aient révélé leur identité au fournisseur.

**22.** Cette solution nous semble poser un certain nombre de difficultés. La première réside en ce que la Cour, dans les deux premiers points de son raisonnement, considère uniquement la mesure consistant en la sécurisation du réseau par un mot de passe. On ne peut que suivre la Cour de justice dans sa conclusion qu'une telle mesure constitue un aménagement marginal aux libertés du fournisseur et de ses utilisateurs.

Mais dans son quatrième point, la Cour transforme cette mesure en la complétant par une obligation de vérifier l'identité des utilisateurs afin qu'ils ne puissent agir anonymement. Une telle obligation modifie, selon nous, fondamentalement les paramètres de l'équilibre puisque la mesure implique alors un autre droit fondamental, celui au respect de la protection des données personnelles des utilisateurs garanti par l'article 8 de la Charte. Or, de manière surprenante, la Cour ne fait aucune référence à ce droit fondamental.

---

<sup>35</sup> Point 92 de l'arrêt annoté.

<sup>36</sup> Point 94 de l'arrêt annoté.

<sup>37</sup> Point 96 de l'arrêt annoté.

<sup>38</sup> Point 97 de l'arrêt annoté.

<sup>39</sup> Point 98 de l'arrêt annoté.

**23.** La seconde difficulté réside dans le fait que la Cour se prononce en réalité sur une mesure que la juridiction de renvoi n'envisageait pas (à savoir l'obtention préalable de l'identité des utilisateurs), alors même que la Cour était partie du postulat (qui était donc erroné) qu'il n'existait pas d'autres mesures que celles envisagées par la juridiction de renvoi.

Or, de deux choses l'une. Soit la Cour accepte la position de départ de la juridiction de renvoi selon laquelle, "*en dehors des trois mesures évoquées par elle, il n'existe aucune autre mesure*", mais dans ce cas, elle aurait dû se contenter d'examiner si l'une de ces trois mesures permettait d'atteindre l'équilibre recherché. Soit, comme elle l'a fait, la Cour estime qu'il existe d'autres mesures permettant d'éviter que des atteintes aux droits d'auteur ne soient commises sur un réseau Wi-Fi, mais il lui était alors impossible de justifier cette mesure, comme elle l'a fait, en relevant que le fait de ne pas octroyer l'une des trois mesures évoquées par la juridiction de renvoi risquerait de "*priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection*".

**24.** Plus fondamentalement encore, la solution dégagée par la Cour nous semble difficile à accepter pour des raisons qui poussaient déjà l'Avocat Général à écarter la simple sécurisation du réseau Wi-Fi, sans même considérer l'obligation d'identifier les utilisateurs de ce réseau.

Ainsi, l'Avocat Général Szpunar faisait-il valoir dans ses conclusions que "*l'instauration d'une obligation de sécurisation remet potentiellement en cause le modèle commercial des entreprises qui proposent l'accès à Internet accessoirement à leurs autres services*"<sup>40</sup>. En effet, poursuit-il, "*d'une part, certaines de ces entreprises ne seraient plus enclines à proposer ce service supplémentaire s'il entraînait des investissements et des contraintes réglementaires liés à la sécurisation du réseau et à la gestion des utilisateurs. D'autre part, certains destinataires de ce service, par exemple les clients d'un fast-food ou d'un commerce, renonceraient à son utilisation si elle impliquait l'obligation systématique de s'identifier et d'introduire un mot de passe*"<sup>41</sup>.

Elargissant encore la perspective, l'Avocat Général Szpunar relève également que "*l'éventuelle généralisation de l'obligation de sécuriser les réseaux Wi-Fi, en tant que méthode de protection du droit d'auteur sur Internet, serait susceptible d'entraîner un désavantage pour la société dans son ensemble qui risquerait de dépasser son bénéfice potentiel pour les titulaires de ces droits. D'une part, les réseaux Wi-Fi publics utilisés par un grand nombre des personnes ont une largeur de bande relativement limitée et, dès lors, ne sont pas très exposés aux atteintes aux œuvres et aux objets protégés par le droit d'auteur. D'autre part, les points d'accès Wi-Fi présentent incontestablement un potentiel important pour l'innovation. Toute mesure risquant de freiner le développement de cette activité doit donc être soigneusement examinée par rapport à son bénéfice potentiel*"<sup>42</sup>.

Ces considérations sont, à notre sens, d'une importance capitale: surtout lorsqu'elle implique l'obligation pour un fournisseur de Wi-Fi tel que Monsieur Mc Fadden de vérifier l'identité des utilisateurs de son réseau, il ne peut à notre sens être acquis que la mesure ne constitue qu'un "*aménagement marginal*" aux libertés du fournisseur et à celui des utilisateurs.

## **V. Conclusions**

---

<sup>40</sup> Point 138 des conclusions de l'Avocat Général précitées.

<sup>41</sup> Point 139 des conclusions de l'Avocat Général précitées.

<sup>42</sup> Points 148 et 149 des conclusions de l'Avocat Général précitées.

**25.** Le plus grand mérite de l'arrêt annoté est sans conteste celui d'avoir clarifié le champ et les conditions d'application de l'exemption de responsabilité des fournisseurs d'accès Internet.

Il est à présent certain que toute personne exerçant une activité de fournisseur d'accès internet dans les trois conditions fixées par l'article 12 de la directive 2000/31 bénéficiera, pour cette activité, d'une exemption de responsabilité ne souffrant d'aucune dérogation.

**26.** Sur l'épineuse question des injonctions qu'il est possible de prononcer à l'égard des fournisseurs d'accès Internet, l'arrêt annoté dégage une solution qui nous laisse perplexe mais qui reflète toute la difficulté de concilier les différents droits fondamentaux qui s'opposent.

Espérons que l'arrêt annoté ne constituera qu'une étape intermédiaire dans la recherche du juste équilibre, un mouvement de balancier qu'un prochain arrêt, allant davantage dans le sens défendu par l'Avocat Général, permettrait de rééquilibrer en donnant une considération plus grande au rapport entre le risque que la mesure ne freine le développement de l'accès Internet d'une part et d'autre part le bénéfice que cette mesure est susceptible d'apporter à la lutte contre la contrefaçon.