

## DOCTRINE

## P2P et fournisseurs d'accès à Internet

### L'implication des fournisseurs d'accès à Internet dans un modèle d'autorisation des échanges d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer<sup>1</sup>

Caroline Colin<sup>2</sup>

*Les échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux peer-to-peer sont un phénomène difficile à combattre. Si une solution répressive de type HADOPI constitue l'une des voies possibles, elle n'est pas la seule. Il pourrait être envisageable d'élaborer un système d'autorisation de ces échanges tout en rémunérant les titulaires de droits pour l'exploitation ainsi faite de leurs œuvres. Telle est l'orientation – dans les grandes lignes et en gardant à l'esprit leur différence de philosophie – des deux propositions de lois belges récentes appréhendant cette problématique. Ce dispositif d'autorisation se fonderait nécessairement sur un contrat impliquant les fournisseurs d'accès à Internet et les titulaires de droits à travers les sociétés de gestion collective. Plusieurs variantes de contrats sont possibles, dépendant du degré d'implication des fournisseurs d'accès dans le modèle. Et tout l'enjeu est là : comment réussir à convaincre les fournisseurs d'accès à Internet de jouer un rôle dans ce dispositif alors qu'a priori rien ne les y incite ? L'article propose une réflexion sur le modèle contractuel pouvant être mis en place pour autoriser les échanges en peer-to-peer ainsi que sur les moyens pouvant amener les fournisseurs d'accès à s'impliquer dans de tels processus contractuels.*



*Illegal peer-to-peer exchange of works is a difficult phenomenon to combat. If a repressive solution like HADOPI is one possible method, it is not the only one. It may be possible to develop a system to authorize these exchanges by paying the rights holders for the use of their works. Bearing in mind their philosophical differences, this is broadly the direction of two recent Belgian proposals to deal with this problem. The authorization would necessarily be based on a contract involving internet access providers and rights holders through collective management organizations. Several contract variations are possible, depending on the degree of involvement of the internet access providers in the models proposed. And this is the key question : how can the internet access providers be convinced to*

<sup>1</sup> Cet article a été rédigé à partir d'une étude réalisée par Caroline COLIN, sous la supervision et avec la participation de Séverine DUSOLLIER, pour le compte de la SACD/SCAM belge portant sur la faisabilité juridique d'un système de licence autorisant les échanges des œuvres audiovisuelles et multimédia sur les réseaux *peer-to-peer* (C. COLIN, *Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, dir. S. DUSOLLIER, Rapport pour la SACD/SCAM Belgique, 16 septembre 2011, disponible sur le site du CRIDS). Le présent article ne reflète toutefois en aucun cas la position de la SACD/SCAM sur la question.

<sup>2</sup> Chercheur postdoctoral et responsable de l'Unité « Propriété Intellectuelle » du Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur.

*play a role in this process when a priori they have nothing to gain? The article examines a contract model that could be established to authorize peer-to-peer file sharing as well as ways of bringing the internet access providers to involve themselves in such a contracting process.*

La pratique des échanges illégaux d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux *peer-to-peer* est difficile à enrayer. Les internautes accèdent en masse à de la musique, des films ou d'autres contenus par des sites et logiciels d'échanges non autorisés, mettant en péril la rémunération légitime des titulaires de droits ainsi que le développement d'offres légales respectueuses des droits. Étant donné l'ampleur et l'enjeu juridique du phénomène des échanges illégaux d'œuvres sur Internet, plusieurs projets politiques, actuellement en cours de discussion en Belgique et ailleurs en Europe, se positionnent en tentant d'apporter des solutions juridiques au *peer-to-peer*.

En Belgique, les groupes Ecolo et Groen ont élaboré une proposition de loi, déposée une première fois le 2 mars 2010 par les sénateurs Hellings et Piryns puis une seconde fois le 9 décembre 2010 par les sénateurs Morael et Piryns<sup>3</sup>, destinée à régulariser ces échanges dans le cadre d'une licence dite globale. Grâce à ce mécanisme, les sociétés de gestion collective seraient invitées à conclure un contrat avec les fournisseurs d'accès à Internet les autorisant à permettre l'échange des œuvres par leurs clients<sup>4</sup>. À défaut d'accord toutefois, les rémunérations seraient fixées par le Roi, ce qui emprunte davantage au système de licence non volontaire qu'à une libre négociation contractuelle. La proposition de loi désigne le système qu'elle institue de «licence globale»,

ce qui généralement renvoie à un modèle de licence légale.

Une autre proposition de loi a été rédigée par le groupe MR, d'abord par le sénateur Monfils le 21 avril 2010 puis par le sénateur Miller le 28 janvier 2011<sup>5</sup>, afin notamment d'instaurer une réponse graduée s'inspirant de la solution dite Hadopi française. Mais, à la différence du système français, la réponse graduée serait couplée avec un mécanisme d'autorisation des échanges d'œuvres sur Internet. L'article 12 de la proposition de loi impose la conclusion d'un accord entre fournisseurs d'accès et sociétés de gestion pour autoriser les échanges d'œuvres par les internautes dans certaines limites et conditions. En cas d'échec des négociations, trois médiateurs seraient désignés pour aider à l'aboutissement de celles-ci et formuler des propositions. Et ce n'est que dans un second temps que la réponse graduée interviendrait, si l'internaute outrepassait les limites et conditions fixées dans le contrat ou s'il télécharge des œuvres via des fournisseurs d'accès qui n'ont pas signé de tels contrats. Mais, suite à l'audition des parties intéressées au Sénat le 11 mai 2011, le sénateur Miller a déposé un amendement visant à retirer ces dispositions, en tout cas en ce qui concerne leur volet répressif<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Proposition de loi visant à adapter la perception du droit d'auteur à l'évolution technologique tout en préservant le droit à la vie privée des usagers d'Internet, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-590/1.

<sup>4</sup> *Cf.* article 78-1.

<sup>5</sup> Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-741/1.

<sup>6</sup> Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, amendement déposé par R. Miller et F. Bellot le 24 mai 2011, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-741/2.

Dans les deux propositions de lois, le législateur paraît tantôt imposer la conclusion de ces contrats tantôt simplement inviter les parties prenantes à démarrer des négociations, sur la base de différents mécanismes de gestion collective voire de licence légale<sup>7</sup>. Il semble en effet que toute solution de légitimation des échanges non commerciaux des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* nécessitera la conclusion d'un contrat de licence offert par les sociétés de gestion collective. Quelle que soit la base de cette solution – gestion collective volontaire, obligatoire ou étendue – les sociétés de gestion collective vont être amenées à conclure des contrats pour autoriser les échanges d'œuvres sur Internet réalisés par les internautes. Opérateurs incontournables de toute circulation des œuvres sur Internet, y compris des échanges illégaux sur les réseaux *peer-to-peer*, les fournisseurs d'accès pourraient jouer un rôle dans le processus d'autorisation. La situation est inédite car les fournisseurs d'accès à Internet ne sont ni demandeurs d'une licence, ni débiteurs d'une rémunération envers les titulaires de droits mise à leur charge par la loi.

L'idée d'un contrat entre sociétés de gestion collective et fournisseurs d'accès à Internet pour autoriser les échanges d'œuvres sur Internet est originale et invite à réfléchir à ce que pourrait être ce modèle contractuel<sup>8</sup>, en

dehors même de toute intervention législative. Sur quelle base légale pourrait reposer leur implication contractuelle dans un tel système? Que la conclusion d'un contrat entre fournisseurs d'accès à Internet et sociétés de gestion collective soit imposée par le législateur ou se réalise sur une base volontaire des parties, il convient de s'interroger sur le modèle légal du mécanisme alors mis en place (I). Il conviendra ensuite de s'intéresser aux moyens de conduire les fournisseurs d'accès à s'engager dans un tel processus contractuel (II).

## I. LES MODÈLES CONTRACTUELS

Les parties potentiellement contractantes sont au nombre de trois: les ayants droit, représentés par leurs sociétés de gestion collective, les fournisseurs d'accès à Internet et les abonnés Internet qui accomplissent des actes couverts par le droit d'auteur lors du partage d'œuvres sur Internet. Le rôle que pourraient jouer les fournisseurs d'accès à Internet est double: il peut être celui d'un débiteur des rémunérations envisagées en contrepartie des échanges qui seraient autorisés ou celui d'un intermédiaire dans le contrat d'autorisation conclu en réalité entre les ayants droit et les internautes. Deux modèles principaux peuvent être imaginés et évalués au regard des éventuelles contraintes légales à respecter: soit les

<sup>7</sup> Les figures de la licence non volontaire, de la gestion collective obligatoire et de la licence collective étendue ont été confrontées aux exigences posées par les traités internationaux afin de vérifier si elles pouvaient être mises en place dans le contexte des échanges d'œuvres sur Internet. Se reporter à C. COLIN, *Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, op. cit. Voy. également S. DUSOLLIER et C. COLIN, «Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en Belgique», actes du colloque *Quelle réponse juridique au téléchargement d'œuvres sur Internet?*, Université Libre de Bruxelles, 14 décembre 2010, à paraître.

<sup>8</sup> L'implication financière des fournisseurs d'accès à Internet a déjà été suggérée, en dehors de tout

modèle d'autorisation des échanges des œuvres par les internautes, pour compenser les pertes subies par les titulaires de droits à cause des échanges illégaux des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Cette implication des fournisseurs d'accès pourrait prendre la forme d'une taxe, mais pourrait aussi s'appuyer sur la signature d'un contrat avec les sociétés de gestion sans pour autant permettre les échanges des œuvres entre internautes. Se reporter à F. PATISSIER, «Réflexions sur de nouveaux modes de financement des industries culturelles», *World Copyright Summit*, CISAC, 9/10 juin 2009, Washington DC, disponible en ligne. Et notre *Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet*, op. cit., spéc. pp. 66 et s.

ayants droit contractent avec les fournisseurs d'accès à Internet (A), soit ils contractent directement avec les abonnés Internet (B). Quel que soit le modèle plébiscité, l'avantage qu'en retirent les internautes est indéniable puisqu'ils devraient disposer de la liberté de choix quant à leur adhésion à un système d'autorisation des échanges (C).

### **A. La signature d'un contrat entre les sociétés de gestion collective et les fournisseurs d'accès à Internet**

Les fournisseurs d'accès à Internet pourraient conclure un contrat avec les sociétés de gestion collective au profit de leurs abonnés Internet afin de les autoriser à échanger sur les réseaux *peer-to-peer* à condition de verser une rémunération aux titulaires de droits. Cette rémunération pourrait provenir d'un coût supplémentaire supporté par les abonnés eux-mêmes et versée à la société de gestion collective par le fournisseur d'accès à Internet ou d'autres modes de financement qu'il s'agira de trouver (publicité...). Ce contrat entre fournisseurs d'accès et sociétés de gestion permettrait donc à un tiers, non partie à l'accord, de bénéficier d'une autorisation consentie par l'un des cocontractants. Dans ce schéma, que l'on retrouve dans tous les modèles d'autorisation du *peer-to-peer* non basés sur la licence légale, le fournisseur d'accès à Internet servirait de relais entre les sociétés de gestion et les abonnés Internet tout en s'obligeant à rétribuer les titulaires de droits. Il s'engagerait également au profit de ses abonnés Internet puisque le contrat créerait la faculté, à leur profit, d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. De son côté, la société de gestion s'engagerait en effet à autoriser ce type d'échanges et donc à ce que les internautes soient autorisés à reproduire et communiquer au public des œuvres dans le cadre de ces échanges, dans les limites précisées par l'accord.

Un tel mécanisme consiste à ce que le fournisseur d'accès à Internet s'engage contractuellement au bénéfice de ses abonnés, puisque le contrat crée un droit de reproduction et de communication des œuvres dans leur chef, ce qui paraît renvoyer à la figure juridique de la stipulation pour autrui<sup>9</sup> (1). Dans notre contexte, la société de gestion collective serait le promettant, le fournisseur d'accès le stipulant et les abonnés Internet les tiers bénéficiaires. Il convient donc de vérifier si toutes les conditions de validité de ce mécanisme juridique sont satisfaites (2) et d'expliquer les rapports de droits entre les acteurs qui en découlent (3). Enfin il faudra se demander si la stipulation pour autrui peut imposer aux abonnés Internet le paiement d'une somme supplémentaire (4).

#### **1. Définition de la stipulation pour autrui**

Le principe de l'effet relatif des contrats est posé à l'article 1165 du Code civil belge selon lequel «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121». Dans la mesure où le contrat repose sur la volonté individuelle, la volonté des parties, il est logique que les effets qui en résultent ne concernent que les parties elles-mêmes et pas les tiers.

Toutefois, le principe de l'effet relatif des contrats supporte une limite en ce que tout contrat est opposable aux tiers. En d'autres termes, les tiers ne peuvent ignorer le contrat, aussi bien dans son existence que dans ses effets. Une autre limite au principe de l'effet relatif des contrats est ce que l'on appelle la

<sup>9</sup> Sur le sujet, voy. not. S. BAR, «La stipulation pour autrui», in *La théorie générale des obligations, suite*, CUP, Université de Liège, 2002, vol. 57, spéc. pp. 251-303; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, tome I, 2010, pp. 664 et s.; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2007, n° 250 et s., pp. 196 et s.

stipulation pour autrui. Même si, conformément à l'article 1119 du Code civil belge, « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même », il est toutefois admis qu'on puisse « stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre »<sup>10</sup>. Ici réside l'exception au principe de l'effet relatif des contrats. D'ailleurs, l'article 1165 fait expressément référence à l'article 1121 en précisant que les effets peuvent profiter aux tiers dans les conditions de cette disposition. Si la stipulation pour autrui est interdite, par principe, il faut bien reconnaître, et ce depuis longtemps déjà, qu'elle est devenue une figure largement répandue. De nouvelles hypothèses se sont présentées, comme par exemple celle où la stipulation pour autrui est « une condition d'un engagement qu'une partie prend envers son cocontractant »<sup>11</sup>. D'un principe d'interdiction, la jurisprudence est parvenue à un principe de validité<sup>12</sup>.

La stipulation pour autrui est « une opération par laquelle une personne, le stipulant, obtient d'une seconde, le promettant, un engagement envers une troisième: le tiers bénéficiaire »<sup>13</sup>. Le contrat entre le stipulant et le promettant a pour effet de faire naître un droit au profit d'un tiers, sans que ce dernier ait eu à manifester son accord<sup>14</sup>. En d'autres termes, ce droit

émerge indépendamment de l'acceptation du tiers<sup>15</sup>. Le fait que ce dernier ait « déclaré vouloir en profiter », pour reprendre l'énoncé de l'article 1121 *in fine*, a simplement pour effet de rendre la stipulation, donc le droit de créance, irrévocable<sup>16</sup>. En l'occurrence, dans notre contexte, la société de gestion collective est le promettant, le fournisseur d'accès à Internet le stipulant et les abonnés Internet les tiers bénéficiaires. La signature d'un contrat entre les ayants droit et les fournisseurs d'accès à Internet entraînerait l'émergence d'un droit en faveur des abonnés Internet de ces derniers. Le droit naît directement dans le patrimoine du tiers bénéficiaire, devenu créancier, sans avoir transité par celui du stipulant; il dispose d'un droit direct contre le promettant<sup>17</sup>. Les internautes auraient donc un droit direct à faire valoir contre la société de gestion collective, c'est-à-dire le droit de revendiquer le bénéfice de l'autorisation de reproduction et de communication au public dans le cadre strict de ces échanges sur les réseaux *peer-to-peer*.

## 2. Les conditions de validité de la stipulation pour autrui

Pour être valide, la stipulation pour autrui doit satisfaire les conditions de droit commun sous peine de nullité<sup>18</sup>, tenant au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause. Le droit de créance doit être déterminé ou déterminable<sup>19</sup>.

Des règles spécifiques doivent également être observées. À la fois le stipulant et le promettant doivent avoir la commune intention de faire naître un droit au profit d'un tiers bénéficiaire. Cette intention doit être certaine; peu

<sup>10</sup> L'article 1122 du Code civil précise qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

<sup>11</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Larcier, 2010, n° 862, p. 732.

<sup>12</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2006, n° 470 et s., pp. 386 et s.

<sup>13</sup> *Ibid.*, n° 467, p. 384.

<sup>14</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 859, p. 731.

<sup>15</sup> *Ibid.*, n° 860, p. 731.

<sup>16</sup> *Ibid.*, n° 860, p. 731.

<sup>17</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 467, p. 385.

<sup>18</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 864, p. 734.

<sup>19</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 473, p. 389.

importe qu'elle soit expresse ou tacite<sup>20</sup>. Dans notre espèce, cette condition ne devrait pas poser de difficulté particulière, la société de gestion collective et le fournisseur d'accès ayant nécessairement cette volonté dès la signature du contrat.

Ensuite, le stipulant pour autrui doit signer le contrat en son propre nom et pas au nom d'autrui<sup>21</sup>. Ceci dit, le tiers bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable, au plus tard au moment de la mise en œuvre de son droit propre<sup>22</sup>. Dans notre contexte, les tiers bénéficiaires sont déterminés puisqu'il s'agit des abonnés ou futurs abonnés du fournisseur d'accès.

En outre, la stipulation pour autrui ne peut exister toute seule, en tant que contrat isolé. En effet, il est possible de « stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre »<sup>23</sup>. La stipulation pour autrui doit nécessairement être accessoire par rapport au contrat principal signé entre le stipulant et le promettant, qu'il soit à titre gratuit ou onéreux (vente, donation, assurance...) <sup>24</sup>. Il faut que l'existence et la vie de ce contrat accessoire soient tributaires de celles du contrat principal<sup>25</sup>. Si le contrat principal venait à disparaître, il emporterait avec lui le contrat accessoire. Cette exigence d'un contrat principal risque de constituer un obstacle à l'application du modèle de la stipulation pour autrui à un contrat entre les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins et les fournisseurs d'accès à Internet. La difficulté va résider dans

la délimitation de l'objet du contrat principal entre les ayants droit et les fournisseurs d'accès à Internet puisqu'il faudrait qu'une obligation spécifique les lie et qu'intervienne seulement après, en tant qu'accessoire, l'objet de la stipulation pour autrui. Les ayants droit pourraient renoncer à poursuivre les abonnés des fournisseurs d'accès à Internet se livrant à des échanges illégaux sur les réseaux *peer-to-peer*, mais quelle serait la contrepartie contractuelle propre des fournisseurs d'accès ?

Sans toutefois dénier le fait que la stipulation pour autrui ne peut constituer le seul objet du contrat entre le promettant et le stipulant, la jurisprudence a tendance à interpréter l'exigence d'un contrat principal entre le promettant et le stipulant de façon généreuse. Il ne serait en effet pas nécessaire que le promettant s'engage à exécuter une obligation au profit du stipulant. Il suffirait que le stipulant « joue un rôle juridique propre dans la relation contractuelle avec le promettant, fût-ce en qualité de débiteur »<sup>26</sup>, comme par exemple « dans le cadre d'un contrat d'assurance sur la vie contracté au profit d'un tiers, [où] la condition est remplie du seul fait de l'obligation du stipulant de payer les primes d'assurance »<sup>27</sup>. Il serait également suffisant que le stipulant joue un rôle personnel et puisse justifier d'un intérêt à l'opération<sup>28</sup>. En somme, il pourrait être concevable que le fournisseur d'accès à Internet s'engage seulement à rétribuer les titulaires de droits. Du seul fait de ce rôle de débiteur du fournisseur d'accès à Internet vis-à-vis des sociétés collectives, la stipulation pour autrui au profit des abonnés Internet pourrait être admise. On peut également imaginer que la stipulation pour autrui, sous forme de l'autori-

<sup>20</sup> P. WERY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 866, pp. 734-735.

<sup>21</sup> *Ibid.*, n° 867, p. 735.

<sup>22</sup> *Ibid.*, n° 868, p. 735.

<sup>23</sup> *Cfr.* article 1121 du Code civil.

<sup>24</sup> P. WERY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 869, p. 736.

<sup>25</sup> *Ibid.*, n° 74, p. 93.

<sup>26</sup> S. BAR, «La stipulation pour autrui», *op. cit.*, spéc. p. 264.

<sup>27</sup> S. BAR, «La stipulation pour autrui», *op. cit.*, spéc. p. 264.

<sup>28</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 668.

sation des échanges au bénéfice des abonnés, s'accroche à un contrat principal liant les fournisseurs d'accès et les sociétés de gestion pour une exploitation des œuvres que feraient ceux-ci dans un autre service proposé (vidéos à la demande, câblodistribution, etc.).

La jurisprudence française est même allée plus loin en admettant la stipulation pour autrui alors même que le stipulant n'avait qu'un simple intérêt financier ou même moral au mécanisme<sup>29</sup>. Dorénavant, en France, « il suffit que le stipulant ait à l'opération un intérêt qui peut n'être que moral »<sup>30</sup> pour que la stipulation pour autrui puisse être admise. Mais les juges belges n'adhèrent pas à cette position<sup>31</sup>. Le simple intérêt financier ou moral du stipulant n'est pas suffisant pour que la stipulation pour autrui soit acceptable; il convient de veiller à ce que le caractère accessoire de la stipulation pour autrui ne soit pas complètement annihilé.

La dernière condition à respecter est la suivante: le droit du tiers bénéficiaire ne doit pas être préexistant à la stipulation pour autrui. Ce droit doit naître de cette opération<sup>32</sup>. Dans notre contexte, les abonnés Internet obtiendraient l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* grâce au contrat signé entre la société de gestion collective et le fournisseur d'accès à Internet.

Ainsi, les conditions de validité de la stipulation pour autrui semblent être satisfaites pour la mise en place de notre mécanisme contractuel. Une réserve doit toutefois être apportée pour la condition tenant à l'exigence d'un contrat

principal: bien que la jurisprudence admette plus largement le mécanisme de la stipulation pour autrui, la prudence reste de mise.

### 3. Les rapports de droit

#### a. Les rapports entre le promettant et le stipulant<sup>33</sup> (entre la société de gestion collective et le fournisseur d'accès à Internet)

Le promettant s'engage, auprès du stipulant, à exécuter une obligation envers le tiers bénéficiaire. Si le promettant n'honore pas son obligation, le stipulant peut demander l'exécution en nature de l'obligation, ainsi que son exécution par équivalent sous la forme de dommages et intérêts (possibilité de prévoir cela dans une clause pénale). Il a également la possibilité de requérir la résolution judiciaire du contrat principal (à moins d'insérer une clause de résolution expresse, ce qui évite le recours). En signant ce type de contrat, les ayants droit s'engagent donc à autoriser les échanges des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, et à ne pas poursuivre les abonnés Internet tant qu'ils se conforment aux termes de l'accord.

#### b. Les rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire (entre la société de gestion collective et les abonnés Internet)

Le droit de créance qui naît au profit du tiers bénéficiaire est un droit propre en ce qu'il lui appartient exclusivement. Il est également de nature contractuelle, ce qui signifie que le tiers bénéficiaire ne pourra agir contre le promettant que sur le fondement de la responsabilité contractuelle et non extracontractuelle, sauf

<sup>29</sup> P. MISTRETTA, « La stipulation pour autrui accessoire d'une stipulation que l'on fait pour soi-même: une technique adaptée au droit des affaires? », *D. Aff.*, 1999, 541.

<sup>30</sup> A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 252, p. 197.

<sup>31</sup> S. BAR « La stipulation pour autrui », op. cit., spéc. p. 264.

<sup>32</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat*, Vol. 1, op. cit., n° 870, p. 737.

<sup>33</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat*, Vol. 1, op. cit., n° 873, pp. 737-738. Voy. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 480, pp. 393-394; S. BAR, « La stipulation pour autrui », op. cit., spéc. p. 280.

dans des conditions particulières<sup>34</sup>. De plus, le droit est direct: il ne transite pas par le patrimoine du stipulant. Il intègre directement celui du tiers bénéficiaire. Celui-ci peut donc exiger directement du promettant l'acquittement de son obligation et l'assigner en justice par le biais de l'action directe (pas d'action en résolution possible car il n'est pas partie à la convention de base) pour une exécution en nature ou par équivalent de son obligation<sup>35</sup>.

Dans notre contexte, les abonnés Internet bénéficieraient d'une autorisation de réaliser des actes de reproduction et de communication au public des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* dans les conditions précisées dans le contrat signé entre la société de gestion collective et le fournisseur d'accès. Si jamais le promettant ne respectait pas ses engagements, les abonnés pourraient alors exiger leur exécution en se fondant sur la responsabilité contractuelle. De manière plus pratique, les internautes poursuivis pour les échanges effectués pourraient invoquer le droit qu'ils tirent du contrat conclu par leur fournisseur de connexion à Internet à leur bénéfice. Que se passerait-il si les abonnés Internet étaient confrontés à une défaillance des logiciels/réseaux *peer-to-peer* et ne pouvaient plus télécharger des œuvres sur leur réseau habituel par exemple? Pourraient-ils se retourner contre la société de gestion collective pour non-exécution de son obligation? L'objectif de la stipulation pour autrui est simplement de liciter de tels échanges, de ne pas exercer de poursuites, pas d'assurer la fiabilité des moyens

techniques. Une action des abonnés sur un tel fondement ne pourrait donc pas prospérer.

Par ailleurs, le droit de créance est également un droit immédiat car il naît dès l'accord de volonté entre le stipulant et le promettant<sup>36</sup> – lesquels peuvent prévoir une condition ou un report pour sa naissance –, indépendamment de l'acceptation par le tiers bénéficiaire. Néanmoins, cette acceptation par le tiers a pour effet de rendre le droit de créance irrévocable. *A contrario*, tant qu'elle n'a pas eu lieu, le droit reste révocable. Ce qui signifie que le stipulant – et uniquement le stipulant, à l'exclusion de ses créanciers ou de ses successeurs universels car il s'agit d'un droit personnel – peut révoquer la stipulation pour autrui, choisir un autre bénéficiaire... Si le tiers bénéficiaire accepte la stipulation pour autrui (lui-même donc), le droit de créance cesse d'être révocable. Il peut le faire de manière expresse ou tacite. Il s'agit également d'un droit personnel<sup>37</sup>. Le tiers bénéficiaire dans notre contexte, l'abonné Internet, peut donc accepter la stipulation pour autrui lorsqu'il va signer un contrat avec son fournisseur d'accès Internet contenant par exemple une clause l'autorisant à pouvoir échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* contre une rémunération supplémentaire éventuelle.

Enfin, le droit de créance est un droit accessoire du contrat d'origine. Il est tributaire de ce qui pourrait affecter le contrat principal. Par exemple, le promettant peut soulever l'exception d'inexécution si le stipulant ne respecte pas ses obligations, la nullité du contrat principal<sup>38</sup>...

<sup>34</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 875, p. 739; S. BAR, « La stipulation pour autrui », *op. cit.*, spéc. p. 279. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481 et s., pp. 394 et s.

<sup>35</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 876, pp. 739-740. Voy. également J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 482 et s., pp. 395 et s.

<sup>36</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 877, p. 740.

<sup>37</sup> *Ibid.*, n° 878, pp. 740-741.

<sup>38</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 879, pp. 741-742; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 484, p. 397.

c. *Les rapports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire (le fournisseur d'accès et ses abonnés)*

Si le stipulant n'est tenu d'aucune obligation envers le tiers bénéficiaire, la stipulation pour autrui a pour effet de consentir au tiers bénéficiaire un avantage sans exiger de lui la moindre contrepartie. C'est alors une donation indirecte<sup>39</sup>. Le stipulant ne peut rien exiger du tiers bénéficiaire et réciproquement<sup>40</sup>. Par ailleurs, le stipulant peut exercer sa faculté de révocation tant que le tiers bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter<sup>41</sup>. C'est un droit personnel. Dès que le tiers accepte, il peut alors agir contre le stipulant en exécution de ses obligations contractuelles<sup>42</sup>. On pourrait imaginer que le fournisseur d'accès décide de ne plus verser de contrepartie financière à la société de gestion collective et qu'en conséquence, la société de gestion collective suspendrait l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Dans cette hypothèse, les abonnés Internet seraient fondés à agir contre le fournisseur d'accès en exécution de ses obligations contractuelles, c'est-à-dire du paiement des titulaires de droits.

**4. L'imposition d'une charge au tiers bénéficiaire**

La stipulation pour autrui peut-elle prévoir l'attribution d'un droit à un tiers assorti d'une charge? En d'autres termes, autoriser les abonnés Internet à échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en contrepartie du versement d'une somme supplémentaire à

leur abonnement Internet classique, est-il permis dans le cadre de la stipulation pour autrui? Ce mécanisme est hybride en ce qu'il fait appel d'une part à la stipulation pour autrui pour l'attribution d'un droit au profit d'un tiers, et d'autre part à la promesse pour autrui en ce qu'il fait naître une charge au profit de ce tiers sans qu'il y ait consenti. Or, la promesse pour autrui n'est pas bien accueillie en droit belge<sup>43</sup>.

La Cour de cassation française, quant à elle, la permet dans certaines limites: l'acceptation par le tiers bénéficiaire devient alors «acquisitive» et plus simplement «confortative». La stipulation pour autrui avec charge est donc admise si le tiers bénéficiaire accepte les obligations inhérentes au droit. Il ne s'agit pas de valider une promesse pour autrui, qui serait faite sans le consentement du tiers, mais d'admettre que la stipulation pour autrui puisse faire naître une charge sur le tiers à condition que celui-ci l'accueille<sup>44</sup>. L'acceptation par le tiers devient une condition de validité du mécanisme alors qu'elle n'a, à l'origine, pour effet que de rendre le droit à son profit irrévocable<sup>45</sup>. Il ressortirait que, si «la lettre, autant que l'esprit, de l'article 1121 commandent que ce droit soit dépourvu de toute charge (...), cela n'interdit aucunement que, par une convention annexe, le bénéficiaire de la stipulation souscrive certains engagements»<sup>46</sup>. Des arrêts sont en ce sens en France<sup>47</sup>. Certains auteurs vont plus

<sup>39</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 882, p. 743; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 487, p. 399.

<sup>40</sup> *Ibid.*, n° 881, pp. 742-743; S. BAR, «La stipulation pour autrui», *op. cit.*, spéc. p. 280.

<sup>41</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 485, pp. 397-398.

<sup>42</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 485, pp. 397-398.

<sup>43</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat, Vol. 1, op. cit.*, n° 880, p. 742.

<sup>44</sup> A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 251, p. 197 et les références citées.

<sup>45</sup> S. BAR, «La stipulation pour autrui», *op. cit.*, spéc. p. 299 et les références citées.

<sup>46</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481, p. 394.

<sup>47</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1978, *Bull. civ.*, I, n° 356, *Defrénois*, 1979, art. 32077, n° 50, obs. AUBERT; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1987, *Bull. civ.*, I, n° 343, *D.* 1989, somm. 233, obs. AUBERT, cités par J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 481, p. 394.

loin et en déduisent même qu'une stipulation pour autrui puisse faire naître non seulement un droit au profit d'un tiers bénéficiaire mais également une charge (une obligation)<sup>48</sup>. En Belgique, les juges arrivent au même résultat mais en adoptant un raisonnement différent<sup>49</sup>.

Pour respecter l'essence de la stipulation pour autrui et éviter toute incertitude juridique sur le point ci-dessus, il conviendrait de ne pas assortir le mécanisme entre la société de gestion collective et le fournisseur d'accès à Internet d'une obligation pour les abonnés Internet de s'acquitter d'un paiement supplémentaire pour bénéficier de l'avantage prévu. Mais il demeure tout à fait possible de faire peser cette charge sur le fournisseur d'accès dans ce contrat; il appartiendrait ensuite à celui-ci, dans le contrat d'abonnement internet, d'augmenter ses tarifs ou de trouver d'autres sources de financement.

L'un des modèles contractuels entre les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins et les fournisseurs d'accès à Internet pourrait en conclusion reposer sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, bien que la construction proposée paraisse déroger quelque peu à cette qualification juridique.

## **B. La conclusion d'un contrat entre les ayants droit et les abonnés Internet des fournisseurs d'accès**

L'implication contractuelle des fournisseurs d'accès pourrait toutefois être abordée sous un angle différent en ce qu'ils pourraient tout simplement servir de relais entre les titulaires de droits et leurs abonnés.

Les sociétés de gestion collective pourraient décider de conclure des contrats avec les abonnés Internet en impliquant les fournisseurs d'accès d'une autre manière. Ils pourraient jouer un rôle d'intermédiaire plus ou moins important. Tout d'abord, les fournisseurs d'accès pourraient se contenter de transmettre les contrats proposés par les ayants droit à leurs abonnés (1); mais ils pourraient aussi proposer à leurs abonnés de les mandater pour signer ce type de contrat (2). Ce rôle, plus limité, des fournisseurs d'accès n'est pas souvent proposé mais il permettrait de résoudre les difficultés de qualification de leur intervention contractuelle et de les convaincre plus aisément de jouer un rôle dans le processus d'autorisation.

### **1. L'engagement direct des abonnés Internet**

Dans ce nouveau modèle contractuel, les fournisseurs d'accès ne joueraient que le rôle d'intermédiaires chargés de mettre à la disposition de leurs abonnés Internet des contrats d'adhésion fournis par les titulaires de droit qui, s'ils les signent, les autoriseraient à se livrer à des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en contrepartie d'une rémunération dont le montant reste à évaluer. Cette solution aurait le mérite de ne pas impliquer juridiquement et financièrement les fournisseurs d'accès – ils restent un tiers au contrat – et de laisser aux abonnés Internet la possibilité de choisir ou non le système mis en place par les sociétés de gestion collective. Ce système, nécessairement optionnel pour les abonnés Internet, a l'avantage de permettre aux internautes qui ne pratiquent pas les échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* de rester en dehors du mécanisme, ou du moins dans un régime spécifique. En effet, tous les abonnés Internet n'échangent pas d'œuvres en *peer-to-peer*. Seuls les usagers qui se livrent à ces activités seraient mis financièrement à contribution

<sup>48</sup> Voy. les réf. de J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 481, p. 394.

<sup>49</sup> S. BAR, «La stipulation pour autrui», op. cit., spéc. pp. 296-297, 300, et les références citées.

pour rémunérer les titulaires de droits en contrepartie de la licitation des échanges<sup>50</sup>.

Toutefois, pour que le mécanisme fonctionne, encore faut-il que les fournisseurs d'accès aient la volonté de proposer à leurs abonnés de tels contrats, ce qui est loin d'être évident. On pourrait imaginer que les titulaires de droit et les fournisseurs d'accès signent un contrat avec un objet propre, qui les obligerait à proposer à leurs abonnés Internet un contrat d'adhésion qui autorise l'abonné à échanger des œuvres en contrepartie d'un paiement supplémentaire. De leur côté, les sociétés de gestion collective s'engageraient à fournir lesdits contrats d'adhésion.

Par ce double mécanisme contractuel, on évite l'un des écueils posés par la stipulation pour autrui tenant à sa condition d'accessoire à un contrat principal puisqu'on serait en présence de deux contrats distincts avec des objets propres. Mais il risque d'être difficile de faire signer des contrats aux fournisseurs d'accès par lesquels ils s'engageraient à proposer ce type de contrats à leurs abonnés. En effet, souhaitant développer leurs propres offres légales de contenus en ligne, ils ne seront peut-être pas très enclins à faire la promotion du système proposé, alors envisagé comme une concurrence à leurs propres services.

## 2. L'engagement direct des abonnés par le mécanisme de la représentation

La représentation est « le mécanisme par lequel un acte juridique, par exemple un contrat, est accompli, non pas par la personne qui béné-

ficiera de ses effets ou les subira, mais par une autre personne, qui s'exprime au nom et pour compte de la première »<sup>51</sup>. La représentation peut être rendue possible notamment grâce à un contrat de mandat « par lequel une partie, appelée le mandant, charge une autre personne, appelée le mandataire, du pouvoir (...) de la représenter afin de réaliser, en son nom et pour son compte, un acte juridique »<sup>52</sup>. Le rôle du mandataire n'est pas simplement celui d'un simple intermédiaire ; il jouit d'une certaine autonomie et d'un pouvoir d'appréciation et d'initiative<sup>53</sup>. Le contrat de mandat va délimiter l'étendue du pouvoir du mandataire.

La représentation peut être parfaite ou imparfaite. Dans la première hypothèse, le représentant agit au nom et pour le compte du mandataire, de manière transparente pour le cocontractant. Par conséquent, les effets du contrat profitent directement à la personne représentée. Dans la seconde hypothèse, le mandataire va agir pour le compte d'autrui mais en son nom propre ; le cocontractant n'a donc pas connaissance du mandant<sup>54</sup>. Par l'effet du mandat, tous les droits et obligations qui découlent des actes juridiques que le mandataire va accomplir avec un tiers naissent directement sur la tête du mandant<sup>55</sup>. Le pouvoir du mandataire est encadré ; il ne peut aller au-delà de ce qui est prévu par le contrat de mandat. Les actes juridiques signés par le mandataire ne produisent pas d'effet à son égard en ce sens qu'il ne devient ni créancier

<sup>50</sup> Pour une opinion contraire, voy. Ph. AIGRAIN, « Internet et Création, Comment reconnaître les échanges sur internet en finançant la création », in *Libro Veritas*, 2008, spéc. p. 54, qui considère que tous les internautes doivent contribuer au financement de la création qui enrichit Internet. Voy. également la discussion *infra* sur le caractère optionnel du système pour les internautes.

<sup>51</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat*, Vol. 1, *op. cit.*, n° 162, p. 164. Voy. également A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 41 et s., pp. 37 et s.

<sup>52</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat*, Vol. 1, *op. cit.*, n° 163, p. 165.

<sup>53</sup> *Ibid.*, n° 164, p. 165.

<sup>54</sup> *Ibid.*, n° 165, pp. 166-167.

<sup>55</sup> *Ibid.*, n° 167, p. 167.

ni débiteur du tiers contractant<sup>56</sup>. Par ce mécanisme, le mandant, bien que non présent lors de la signature de l'acte, est partie au contrat<sup>57</sup>, tandis que le mandataire reste un tiers<sup>58</sup>.

Les abonnés Internet pourraient donc signer un contrat de mandat avec leur fournisseur d'accès à Internet les autorisant à contracter avec la société de gestion collective afin d'être autorisés à échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Par ce mécanisme, le fournisseur d'accès resterait un tiers au contrat et ne serait ni créancier ni débiteur de la société de gestion collective. Par l'effet du mandat, les abonnés Internet seraient parties au contrat signé avec la société de gestion collective tandis que le fournisseur d'accès resterait un tiers à cet accord.

Ce mécanisme repose à la fois sur la volonté des fournisseurs d'accès de proposer un mandat à leurs abonnés et sur la volonté de ces abonnés de confier un mandat spécial – c'est-à-dire destiné à remplir une mission déterminée – à leur fournisseur d'accès pour bénéficier de l'autorisation d'échanges d'œuvres. Les fournisseurs d'accès à Internet pourraient, dans leurs contrats d'abonnement, prévoir une clause d'*opt-in* invitant les futurs abonnés à confier cette mission à leur fournisseur d'accès ou au contraire une clause d'*opt-out* leur donnant la possibilité de refuser d'accorder ce mandat. Quant à l'imposition d'un contrat de mandat sans aucune possibilité de le refuser, cela semble exclu du fait du principe même du système. Par conséquent, le mandat ne peut être accordé que sur une base volontaire. L'utilisateur aura toujours le choix d'y recourir ou pas (*cf. infra*). Ce double caractère volon-

taire rend plus improbable l'émergence de ce modèle contractuel.

### C. Le caractère nécessairement optionnel pour l'internaute des modèles contractuels envisagés

Les modèles contractuels envisagés, qu'il s'agisse de la stipulation pour autrui, de la représentation grâce au mandat ou de la fourniture de contrats d'adhésion, offrent à l'abonné Internet le loisir de choisir s'il souhaite bénéficier de la faculté d'échanger, et selon quelle fréquence ou quantité<sup>59</sup>. Permettre aux internautes de ne pas bénéficier de la licence autorisant les échanges et donc, de ne pas s'acquitter, directement ou dans le montant de leur abonnement Internet, du coût de ces échanges, intégralement ou partiellement, confère davantage de légitimité au système. Ce choix offert aux utilisateurs éviterait de considérer la rémunération des auteurs comme une taxe supplémentaire sur l'usage d'Internet. Seules les modalités de la manifestation de son choix différencieraient: *opt-out* ou *opt-in*.

Si les parties choisissent le modèle de la stipulation pour autrui<sup>60</sup>, cela suppose que le fournisseur d'accès s'engage à verser une rémunération aux titulaires de droits. Il est alors difficile d'imaginer que le fournisseur d'accès ne répercute pas, d'une manière ou d'une autre, cette charge financière supplémentaire qui lui est imputée sur les usagers. Et pour que les usagers acceptent éventuellement de s'acquitter d'un tel versement, il faut nécessairement qu'ils bénéficient de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. Pour rappel<sup>61</sup>, dans le cadre

<sup>56</sup> *Ibid.*, n° 168, p. 168.

<sup>57</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 426, p. 348.

<sup>58</sup> *Ibid.*, n° 426, p. 348 et n° 428, p. 350.

<sup>59</sup> Contrairement à un mécanisme de licence légale qui mutualise les rémunérations afférentes à telle utilisation des œuvres (par exemple pour la copie privée).

<sup>60</sup> *Cfr. supra*.

<sup>61</sup> *Cfr. supra*.

d'une stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire peut accepter de bénéficier du droit de créance alors créé de manière expresse ou tacite. Dans notre contexte, cela signifie que le futur abonné Internet pourra soit accepter expressément de bénéficier de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* et de payer une somme supplémentaire, soit accepter tacitement cette autorisation, ce qui revient à lui permettre de manifester expressément son refus. En d'autres termes, le fournisseur d'accès pourra choisir entre deux formules étant entendu que l'utilisateur aura nécessairement le choix de profiter ou pas du système en place : soit il s'oriente vers un *opt-in* permettant à l'utilisateur d'accepter explicitement de bénéficier du dispositif, soit il s'oriente vers un *opt-out*, prenant le parti d'une acceptation tacite *a priori* de l'utilisateur et lui permettant de signifier explicitement son refus d'adhérer à un tel mécanisme. Mais quoi qu'il en soit, l'utilisateur aura toujours le choix. C'est simplement la modalité d'exercice du choix qui change. Pour le fournisseur d'accès, la situation est compliquée en ce qu'il s'engage envers la société de gestion collective à verser une somme en contrepartie de cette autorisation tout en n'étant pas certain que les abonnés vont tous accepter le système. Il conviendrait donc de prévoir dans le contrat une rémunération proportionnelle au nombre d'abonnés ayant adhéré au mécanisme. Par ailleurs, si le fournisseur d'accès trouve des modes alternatifs de financement et ne fait pas supporter la charge financière à ses abonnés, cela ne change rien au modèle de contrat proposé par le fournisseur d'accès à ses clients. L'internaute pourra accepter ou refuser dans les mêmes conditions de bénéficier de la stipulation pour autrui et donc de l'autorisation d'échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*. L'utilisateur profite alors d'un droit et ne supporte plus aucune charge; ce qui nous ramène à une stipulation pour autrui plus classique.

Le choix du modèle fondé sur la représentation des abonnés Internet par le fournisseur d'accès pourrait proposer la même alternative: proposer à l'abonné de confier le mandat au fournisseur d'accès dans le contrat d'abonnement Internet, ou lui proposer de dénoncer ce mandat. L'internaute aurait toujours le choix; seules les modalités d'exercer ce choix changeraient. L'alternative entre l'*opt-in* et l'*opt-out* est encore pertinente.

En revanche, dans le modèle reposant sur les contrats d'adhésion fournis par les fournisseurs aux abonnés<sup>62</sup>, seul l'*opt-in* serait possible. L'utilisateur ne pourrait pas, de manière implicite donc à travers un mécanisme d'*opt-out*, adhérer au contrat proposé par la société de gestion collective.

Ainsi, grâce à la liberté de choix nécessairement conférée à l'utilisateur par les modèles contractuels envisagés, le système d'autorisation serait juste et équitable en ce que les payeurs seraient nécessairement ceux qui téléchargent sur les réseaux *peer-to-peer*. Cela éviterait que tous les internautes contribuent, alors qu'un bon nombre d'entre eux n'échangent pas illicitement des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*.

Toutefois, un tel système optionnel pour les utilisateurs représente un risque en ce qu'il repose sur la bonne volonté des internautes. Fonder le succès d'un dispositif sur la seule bonne foi des internautes – j'échange des œuvres donc je souscris – s'avère risqué. Si les internautes ne se sentent pas menacés par les sanctions existantes pour le téléchargement illégal des œuvres – type réponse graduée ou autre – vont-ils volontairement souscrire financièrement au système? Il conviendrait peut-être de prévoir plusieurs types d'abonnement internet en fonction du débit avec différents prix. Et

<sup>62</sup> Cfr. *supra*.

plus le débit serait élevé, plus la contribution financière des internautes serait élevée<sup>63</sup>. Pour l'utilisateur, l'option ne résiderait plus dans le fait de payer plus puisqu'il télécharge, mais plutôt de payer plus parce qu'il veut télécharger. Mais ce système pose une grande difficulté dans la mesure où, parmi les usagers ayant besoin de beaucoup d'espace, se trouvent des usagers qui téléchargent légalement. Ceux-ci seraient donc pénalisés puisqu'ils paieraient deux fois : une fois pour pouvoir télécharger la quantité souhaitée et une autre pour télécharger légalement sur les sites payants.

Pour contrebalancer ce système optionnel pour les internautes, un dispositif spécifique de sanctions pourrait être élaboré si l'internaute continue à échanger illégalement des œuvres sans avoir souscrit de contrat d'autorisation. Ces sanctions pourraient encourager l'internaute qui télécharge à signer ce type de contrat, car s'il ne signe pas, il est passible de sanctions spécifiques. Ces sanctions pourraient aussi concerner les internautes qui, bénéficiant de l'autorisation, ne respectent pas les termes du contrat. Par exemple, si les échanges qu'ils pratiquent sont à but commercial, ces usagers sortent du cadre d'autorisation prévu par le contrat et encourent des sanctions. L'appui du législateur pour mettre en place ces sanctions s'avère nécessaire pour le succès des modèles d'autorisation optionnels pour l'utilisateur. C'est d'ailleurs ce que prévoyait la proposition de loi du groupe MR; mais ces dispositions spécifiques ont été retirées par l'amendement du 11 mai 2011<sup>64</sup>.

## II. L'IMPLICATION DES FOURNISSEURS D'ACCÈS À INTERNET

Quel que soit le modèle contractuel plébiscité, les fournisseurs d'accès vont être sollicités. Tout l'enjeu va donc consister à trouver des arguments les incitant à s'impliquer dans un processus contractuel. Le régime de responsabilité instauré par la directive « commerce électronique » constitue un obstacle à leur intervention volontaire, encore que récemment la tendance s'oriente vers une implication accrue des fournisseurs d'accès dans la lutte contre les comportements illicites des internautes (A). Plusieurs arguments pourraient néanmoins être avancés, qu'ils soient d'ordre économique, déontologique, voire politique, pour soutenir l'invitation des fournisseurs d'accès à la table des négociations (B).

### A. Le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet

Le fournisseur d'accès à Internet bénéficie d'un régime d'exonération de responsabilité sous conditions (1), ce qui ne l'empêche pas d'avoir à sa charge plusieurs obligations destinées à participer à la lutte contre les comportements illicites des internautes (2).

#### 1. Exonération de responsabilité sous conditions

La responsabilité des intermédiaires de l'Internet a été envisagée spécifiquement par la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Le fournisseur d'accès au réseau, qualifié de simple transporteur, bénéficie d'un régime d'exonération de responsabilité sous certaines conditions.

L'article 12 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique envisage la responsabilité du fournisseur d'accès dans les termes qui suivent :

« 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de

<sup>63</sup> Rappr. F. PATISSIER, « Réflexions sur de nouveaux modes de financement des industries culturelles », *op. cit.*, spéc. p. 31.

<sup>64</sup> Proposition de loi favorisant la protection de la création culturelle sur Internet, amendement déposé par R. Miller et F. Bellot le 24 mai 2011, *op. cit.*

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 ».

La loi belge de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information reprend dans les mêmes termes la disposition à l'article 18. Ainsi un prestataire de service qui se contente de transmettre des informations fournies par un destinataire ou de fournir un accès au réseau de communication, en somme un fournisseur d'accès, ne voit pas sa responsabilité engagée dès lors que les trois conditions cumulatives posées par les textes sont satisfaites<sup>65</sup>. Dans le cadre des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer*, le fournisseur d'accès n'est en principe pas à l'origine de la circulation de ces œuvres, ne sélectionne pas les internautes se livrant à ces pratiques et ne sélectionne ni ne modifie les œuvres objets de cette transmission. Estimant satisfaire aux trois conditions posées par la loi, le fournisseur d'accès revendique donc le bénéfice de l'exonération de responsabilité. Ce régime d'exonération ne joue plus si le prestataire outre-passe ses simples activités de transport – par exemple lorsqu'il « collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se

livrer à des activités illégales»<sup>66</sup>; il ne pourra plus bénéficier du régime de dérogation prévu par la directive. Par exemple, si le fournisseur d'accès mettait lui-même des œuvres sur le réseau pour des échanges en *peer-to-peer*, il ne pourrait plus estimer bénéficier de l'exonération.

Si certains estiment que l'immunité des fournisseurs d'accès à Internet devrait être révisée<sup>67</sup>, les conclusions de l'avocat général rendues dans l'affaire *Scarlet/SABAM* le 14 avril 2011 ne vont pas dans le sens d'une interprétation évolutive de la directive qui prendrait en compte l'évolution de la technologie et des usages d'Internet<sup>68</sup>.

En tout état de cause, la loi a prévu à la charge (notamment) des fournisseurs d'accès à Internet trois obligations destinées à lutter contre les comportements illicites sur Internet. Celles-ci attestent de la volonté du législateur de ne pas laisser ces intervenants en dehors de la lutte contre les agissements illicites des internautes.

## 2. L'atténuation de l'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès

Trois obligations destinées à lutter contre les comportements illicites sur Internet incombent notamment aux fournisseurs d'accès à Internet : une obligation de collaboration (a), une obli-

<sup>65</sup> Voy. également le considérant n° 42.

<sup>66</sup> Cfr. le considérant n° 44: « Un prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des activités illégales va au-delà des activités de "simple transport" ou de "caching" et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité ».

<sup>67</sup> R. CLARK, « Sharing out online liability: sharing files, sharing risks and targeting IPs », in A. STROWEL (ed.), *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*, Edward Elgar, 2009, pp. 196-228, spéc. pp. 222 et s.

<sup>68</sup> Conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, C-70/10, spéc. § 112.

gation temporaire de surveillance (b) et une obligation d'instaurer une procédure de notification et de retrait des contenus illicites (c). Certes, ces obligations ne lient pas les fournisseurs d'accès à Internet envers les titulaires de droits mais elles témoignent d'une tendance récente – matérialisée par la nouvelle loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique<sup>69</sup> et qui a notamment étendu certaines obligations aux fournisseurs d'accès à Internet – à les impliquer davantage dans la lutte contre les comportements illicites, y compris ceux relatifs au droit d'auteur.

#### a. Une obligation de collaboration

Il convient de mentionner que le régime d'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet n'interdit pas les autorités judiciaires ou administratives de leur imposer de mettre un terme à toute violation ni de les prévenir<sup>70</sup>. Il faut noter que la Cour suprême danoise a ordonné à un fournisseur d'accès de suspendre la connexion des abonnés Internet

se livrant à des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* avec injonction s'ils n'agissaient pas rapidement<sup>71</sup>. Les fournisseurs d'accès à Internet ont à leur charge une obligation de collaboration; en effet, l'article 21, § 2 de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique tel que modifié par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005, impose notamment aux fournisseurs d'accès à Internet<sup>72</sup> de « communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ». Une obligation de collaboration avec les autorités judiciaires et administratives incombe donc aux fournisseurs d'accès à Internet<sup>73</sup>.

#### b. Une obligation temporaire de surveillance

De plus, le juge peut leur « imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi », conformément à l'article 21, § 1<sup>er</sup>, *in fine*, de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique. Le juge pourrait donc décider d'une obligation de surveillance temporaire dans des hypothèses bien identifiées. Mais il ne pourrait pas, par exemple, prononcer une injonction destinée à

<sup>69</sup> Se reporter à E. MONTERO, « Droit du commerce électronique », « Responsabilités des intermédiaires », point n° 4, pp. 27-28, in *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, R.D.T.I. 2009/35.

<sup>70</sup> Cfr. l'article 12, 3 de la directive de 2000: « Le présent article 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 un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation ». Et le considérant n° 45: « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

<sup>71</sup> [www.ifpi.org/site-content/PRESS20060215.html](http://www.ifpi.org/site-content/PRESS20060215.html). Cité par R. CLARK, « Sharing out online liability: sharing files, sharing risks and targeting IPSs », *op. cit.*, spéc. pp. 222-223, note 125.

<sup>72</sup> L'article 59 de la loi vise tous les prestataires intermédiaires, soit les fournisseurs d'accès à Internet et les fournisseurs d'hébergement. Se reporter à E. MONTERO, « Droit du commerce électronique », « Responsabilités des intermédiaires », *op. cit.*, point n° 4, pp. 27-28.

<sup>73</sup> Voy. également l'article 46bis du Code d'instruction criminelle.

bloquer les échanges illicites d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en ce que cela supposerait des mesures permanentes de sécurité et de filtrage, ce qui est notamment contraire à l'article 15 de la directive «commerce électronique» posant le principe de l'interdiction de toute obligation générale de surveillance<sup>74</sup>. C'est ce que mentionne l'article 21, § 1<sup>er</sup> de la loi du 11 mars 2003, qui prévoit que les prestataires, incluant les fournisseurs d'hébergement, «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».

Un litige est en cours en Belgique sur cette question entre la SABAM (Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs) et le fournisseur d'accès Internet Scarlet (anciennement Tiscali) à propos de l'imposition de mesures de filtrage à ce dernier par le juge. La SABAM a intenté une action en justice contre Scarlet, sur le fondement de l'article 87, § 1<sup>er</sup> de la L.D.A., estimant que cette dernière profitait du téléchargement illégal des œuvres musicales du répertoire de la SABAM par les internautes réalisé grâce à des logiciels *peer-to-peer*<sup>75</sup>. Le 29 juin 2007, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a condamné Scarlet à faire cesser les atteintes au droit d'auteur en mettant en place des solutions de filtrage des contenus, aussi bien au moment de l'envoi que celui de la réception des œuvres par les réseaux *peer-to-peer*. Scarlet a fait appel du jugement, considérant que cette obligation générale de surveillance était contraire, notamment, à l'article 15 de la directive 2000/31.

La cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 28 janvier 2010<sup>76</sup>, a décidé de surseoir à statuer en attendant les réponses de la Cour de justice de l'Union européenne aux questions préjudicielles suivantes: un juge peut-il «ordonner à un fournisseur d'accès à Internet de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce fournisseur d'accès à Internet et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audio-visuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête, soit à l'occasion de l'envoi?». La seconde partie de la question préjudicielle porte sur le fait de savoir si le juge est obligé «d'appliquer le principe de proportionnalité lorsqu'il est amené à se prononcer sur l'efficacité et l'effet dissuasif de la mesure demandée».

Le 14 avril 2011, ont été rendues les conclusions de l'avocat général M. Pedro Cruz Villalón qui aboutissent à répondre par la négative à la question préjudicielle<sup>77</sup>. L'avocat général se fonde sur la Charte européenne des droits fondamentaux pour relever que le système de filtrage préconisé est susceptible de porter atteinte au droit à la protection des données personnelles et au droit au secret des communications électroniques. Toutefois, il souligne que des limitations peuvent être apportées à ces droits, sous réserve qu'elles soient prévues par la loi, comme l'indiquent la

<sup>74</sup> E. MONTERO et Q. VAN ENIS, «Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet: la quadrature du cercle?», *R.L.D.I.* juin 2010, n° 61, pp. 86 et s.

<sup>75</sup> Se reporter à E. MONTERO, «Droit du commerce électronique», «Responsabilités des intermédiaires», *op. cit.*, point n° 2, pp. 23-25.

<sup>76</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 28 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 176.

<sup>77</sup> Conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 14 avril 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, *op. cit.*

Charte et la Convention européenne des droits de l'homme. Mais la disposition en cause du droit belge ne peut être considérée comme « une base légale suffisante pour adopter une mesure d'injonction imposant un système de filtrage et de blocage »<sup>78</sup>.

c. *Une obligation d'instaurer une procédure de notification et de retrait des contenus illicites*

Par ailleurs, depuis 2005, les fournisseurs d'accès à Internet – de même que les prestataires qui se livrent à une activité de stockage ou d'hébergement – sont obligés d'instaurer une procédure de notification des contenus illicites. En effet, conformément à l'article 21, § 2 de la loi de transposition du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information de la directive 2000/31 sur le commerce électronique tel que modifié par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005, ils sont tenus « d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ». Des systèmes ont donc été mis en place pour lutter contre les activités illicites des abonnés, y compris les activités portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

À titre d'illustration, le fournisseur d'accès à Internet Belgacom a élaboré une procédure de notification sur son site Internet. Il est indiqué que : « la notification se fait : – *ut singuli* et par lettre type, dans les jours qui suivent la réception de l'information sur l'illicéité par le service compétent ; – de manière agglomérée, une fois par mois, par fichier électronique annexé à une lettre type, pour les plaintes automati-

sées »<sup>79</sup>. Une fois les plaintes reçues, Belgacom notifie ces plaintes au Parquet. Il semble que, par manque de moyens, le Parquet n'est pas en mesure de poursuivre toutes les plaintes. Par ailleurs, à notre connaissance, cette procédure de notification n'aurait pas encore été utilisée pour dénoncer des contenus portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Mais elle pourrait tout à fait être utilisée en ce sens.

Il faut mentionner également un protocole de collaboration, datant de 2004, résultant d'un arrangement à l'amiable entre l'IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) et des fournisseurs d'accès à Internet dont Telenet<sup>80</sup>. Ces prestataires se sont engagés à bloquer ou à retirer l'accès à des forums de discussion lorsqu'ils contiennent des contenus illégaux ou des hyperliens renvoyant vers ces contenus, grâce à la mise en place d'une procédure de notification et de retrait. Cet accord va donc plus loin que la procédure de notification imposée par la loi aux fournisseurs d'accès.

Si ces trois obligations à la charge des fournisseurs d'accès atténuent l'exonération de leur responsabilité sous conditions, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes une base suffisante pour les inciter à entrer dans un processus contractuel d'autorisation des échanges contre rémunération, dans le sens où ils n'ont rien à négocier ni même à gagner. Mais ce régime n'empêche pas l'implication volontaire ou guidée par le législateur, de ces intermédiaires dans un modèle de compensation financière des titulaires de droit. Il convient

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 108.

<sup>79</sup> Se reporter à T. STAMOS, « Récapitulatif des devoirs et responsabilités des intermédiaires de l'Internet en droit belge », disponible sur [http://www.droit-technologie.org/1\\_2.asp?actu\\_id=1073](http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1073), 6 mai 2005.

<sup>80</sup> Se reporter à E. WÉRY, « Les FAI sont-ils responsables des contenus des forums Usenet ? Un juge sera amené à trancher », disponible sur [http://www.droit.be/1\\_2.asp?actu\\_id=895&motcle=telenet&mode=motamot](http://www.droit.be/1_2.asp?actu_id=895&motcle=telenet&mode=motamot).

alors de trouver des arguments qui pourraient être déterminants dans cet objectif.

## B. Motifs d'implication des fournisseurs d'accès

Plusieurs moyens existent pour soutenir l'invitation des fournisseurs d'accès à la table des négociations. Ils sont variés et de nature différente, aussi bien économique (1), commerciale (2), que déontologique (3). Le politique pourrait même jouer un rôle décisif (4).

### 1. La valeur économique tirée des échanges en peer-to-peer

Olivier Bomsel, économiste spécialiste des questions numériques, a démontré que le modèle économique des fournisseurs d'accès à Internet était centré sur les abonnements haut-débit destinés à satisfaire les internautes téléchargeant sur les réseaux *peer-to-peer*<sup>81</sup>. Les échanges massifs d'œuvres sur ces réseaux ont amené les fournisseurs d'accès à vouloir satisfaire la demande pour recruter de nouveaux clients<sup>82</sup>. En effet, «l'appétit des consommateurs pour le P2P alimente une demande croissante de capacité»<sup>83</sup>. Grâce au haut-débit, ces intermédiaires gagnent de nouveaux clients et deviennent rentables. C'est alors qu'ils peuvent se permettre de baisser les prix des abonnements sur les modes de connexion les

plus puissants<sup>84</sup>. Le phénomène des échanges d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* semble être devenu une «utilité majeure de l'accès» désormais au centre du modèle économique des fournisseurs d'accès. Le *peer-to-peer* gagne en efficacité et les internautes téléchargent encore davantage. Par conséquent, «il devient alors de plus en plus difficile de réduire les incitations au contournement des droits»<sup>85</sup>. O. Bomsel peut alors conclure en ces termes: «cette étude explore un phénomène économique inédit: celui du détournement massif de l'utilité d'une industrie par une autre. Le cœur de ce mécanisme est la possibilité technique de contournement des droits de propriété des contenus numériques, source de nouvelles incitations économiques. Leur principal effet est de placer les technologies et applications de *peer-to-peer* au centre du déploiement des réseaux Internet haut-débit. Le processus est illustré par la corrélation entre la baisse du chiffre d'affaires de l'industrie de la musique et le déploiement de l'accès Internet haut-débit. Il est exceptionnel, en effet, que le développement d'un accès ou d'un réseau s'accompagne d'une baisse de la valeur consolidée des contenus»<sup>86</sup>. Autrement dit, «le P2P subventionne le déploiement d'Internet»<sup>87</sup>. O. Bomsel estime que «le P2P représente environ les deux tiers du consentement à payer pour le débit»<sup>88</sup>. Ainsi en France, sachant qu'un abonné paie en moyenne 30 euros par mois pour une connexion Internet en ADSL, cela signifie qu'il paie en fait 20 euros par mois pour consommer des contenus gratuits. Sur les 10 millions d'abonnés en France pour ce type

<sup>81</sup> O. BOMSEL, avec la collaboration de J. CHARBONNEL, G. LE BLANC, A. ZAKARIA, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, Cerna, Centre d'économie industrielle École Nationale Supérieure des Mines de Paris, janvier 2004, disponible en ligne.

<sup>82</sup> O. BOMSEL, (*ibid.*) rapporte qu'en juin 2003, Wanadoo Netherlands était prêt à adopter un système de Peer-Cache (mémoire cache sur le réseau) afin d'optimiser la gestion de son trafic en provenance des serveurs de Kazaa. Mais les risques juridiques inhérents à cette démarche ont dissuadé le fournisseur d'accès.

<sup>83</sup> O. BOMSEL, A.-G. GEFFROY et G. LE BLANC, *Modem le maudit, Économie de la distribution numérique des contenus*, École des Mines de Paris, 2006, spéc. pp. 73-74.

<sup>84</sup> O. BOMSEL, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, *op. cit.*, spéc. p. 46.

<sup>85</sup> *Ibid.*, spéc. p. 26.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>87</sup> O. BOMSEL, A.-G. GEFFROY et G. LE BLANC, *Modem le maudit, Économie de la distribution numérique des contenus*, *op. cit.*, spéc. pp. 73-74.

<sup>88</sup> *Ibid.*

de connexion, le montant total s'élève alors à 2,4 milliards d'euros versés aux fournisseurs d'accès<sup>89</sup>.

Le fait que le modèle économique des fournisseurs d'accès à Internet ait reposé sur leur propension à proposer aux internautes un volume de téléchargements de plus en plus important ne peut que susciter le mécontentement des titulaires de droits. Les fournisseurs d'accès à Internet se seraient enrichis grâce à la possibilité qu'ils offrent de réaliser des téléchargements illégaux massifs des œuvres. Cet enrichissement des fournisseurs d'accès à Internet se serait fait au détriment des titulaires de droits, privés de toute maîtrise à la fois sur la publicité véhiculée et sur les recettes dégagées à partir de comportements illégaux. Le moment pourrait donc être venu de rétablir l'équilibre et de permettre aux titulaires de droits de percevoir les sommes qui leur sont dues au titre de l'exploitation de leurs œuvres, si tant est que cette exploitation ait été autorisée.

## **2. L'avantage commercial gagné par les fournisseurs d'accès**

Le fait, pour un fournisseur d'accès à Internet, de proposer et/ou de permettre à ses abonnés de pouvoir échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en toute légalité, pourrait constituer un avantage concurrentiel considérable vis-à-vis de ses homologues. L'offre d'abonnement Internet, enrichie d'une telle possibilité, serait susceptible d'attirer de nouveaux clients chez le fournisseur d'accès en question et ainsi d'augmenter ses revenus et ses parts de marché. Le fournisseur d'accès aurait tout intérêt à faire de la publicité pour promouvoir

ce nouveau modèle de contrat d'abonnement. Quel que soit le modèle contractuel retenu entre les sociétés de gestion collective, les fournisseurs d'accès et les abonnés Internet, l'important réside dans la nouvelle opportunité offerte au consommateur. Séduits par l'originalité de l'offre en tant qu'utilisateurs des réseaux *peer-to-peer*, certains internautes pourraient se détourner de leur fournisseur d'accès actuel au profit de celui qui aura investi cette nouvelle voie.

La préservation de cet avantage concurrentiel pourrait d'ailleurs être un argument de négociation. Si la société de gestion collective ne signe pas de contrats exclusifs avec le fournisseur d'accès, d'autres fournisseurs, en cas de succès du modèle, pourraient être intéressés à leur tour de signer avec la société de gestion collective. L'avantage concurrentiel acquis par le fournisseur d'accès pionnier s'amenuiserait avec le temps puisque ses concurrents se trouveraient également en mesure de proposer le même type d'offre à leurs abonnés. Mais la situation ne serait pas pour autant dramatique en ce que le marché pourrait assurer sa mission de régulation. Ceci dit, la société de gestion collective pourrait tout à fait signer un contrat exclusif d'une durée limitée avec un fournisseur d'accès. Ce système aurait le double avantage de laisser profiter le fournisseur d'accès de son nouvel avantage concurrentiel et de tester la viabilité et le succès du modèle contractuel. Chacune des parties contractantes y trouverait un avantage.

Si l'offre contractuelle offerte aux internautes et relative aux échanges en *peer-to-peer* s'inscrit dans l'offre plus globale de l'intermédiaire (incluant par exemple la télévision, le téléphone, la VOD, etc.), les ayants droit pourraient en outre s'engager à proposer des tarifs préférentiels aux fournisseurs d'accès qui ajouteraient cette licence à leur offre *multiplay*.

<sup>89</sup> *Ibid.* Rapportés à la Belgique, où les coûts d'abonnement sont significativement plus élevés, soit 44 euros selon Test Achats, et où les abonnés dépassent les 3 millions, ce même montant approche le milliard d'euros par an.

### 3. Les obligations déontologiques des fournisseurs d'accès

Il est opportun de mentionner que les fournisseurs d'accès à Internet ont élaboré des codes de bonne conduite et signé certains accords dans l'objectif de promouvoir un usage licite d'Internet. L'ISPA (l'association belge des fournisseurs d'accès) a élaboré un code de conduite<sup>90</sup> dans lequel il est indiqué que les fournisseurs d'accès à Internet «veilleront particulièrement à combattre la présence sur Internet de matériel illégal ou douteux. Ils apporteront une attention particulière à l'utilisation légale de l'Internet». D'une part, les fournisseurs d'accès à Internet se sont engagés à insérer dans les contrats avec leurs abonnés une clause de «bonne conduite» interdisant à l'abonné de se livrer à des activités illicites et permettant au fournisseur d'accès de prendre toute mesure utile en cas de non-respect de l'obligation. D'autre part, ils sont obligés de mentionner une adresse e-mail afin que les abonnés puissent signaler les pratiques illégales sur le réseau.

Les abonnés Internet qui se livrent à des échanges illégaux d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* contrarient cette clause de bonne conduite. Les fournisseurs d'accès à Internet devraient donc prendre des mesures utiles pour faire cesser ces pratiques illicites. Il est vrai qu'il leur appartient de prendre la décision de poursuivre leurs usagers pour violation d'une obligation contractuelle; personne n'est en mesure de les forcer à le faire. L'article 1165 du Code civil belge pose le principe de l'effet relatif des contrats en ces termes: «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes». C'est toutefois ce qu'a tenté d'entreprendre l'industrie britannique du disque (BPI). La BPI s'est adressée à des fournis-

seurs d'accès avec des adresses IP d'abonnés Internet s'adonnant aux échanges illicites d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en se fondant à la fois sur les conditions générales d'abonnement et la directive «e-commerce». Dans leurs conditions générales (*terms of use*), les fournisseurs d'accès Internet énoncent que les accès Internet ne peuvent être utilisés pour commettre des infractions au droit d'auteur. Il s'agit donc de les inviter à faire respecter leurs propres conditions générales d'utilisation grâce à la procédure de «cease and desist» de la directive e-commerce. Mais Tiscali a fait valoir que la BPI ne rapportait pas la preuve de ces infractions et qu'en conséquence, sans décision du juge, il ne pouvait pas agir et devait respecter les données personnelles et la vie privée de ses abonnés<sup>91</sup>. À cet égard, il convient de mentionner l'arrêt de la C.J.C.E. du 29 janvier 2008 dans lequel la Cour a estimé que «les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 et 2002/58 n'imposent pas aux États membres de prévoir (...) l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile»<sup>92</sup>. La Cour exige en revanche de rechercher un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux tant par les législateurs au moment de la transposition des directives que par les juges lors des litiges<sup>93</sup>. En l'état actuel du droit belge, il n'existe pas d'atténuation des règles de protection des données personnelles pour permettre le dévoilement de l'identité des utili-

<sup>91</sup> R. CLARK, «Sharing out online liability: sharing files, sharing risks and targeting IPSs», *op. cit.*, spéc. pp. 222-223.

<sup>92</sup> C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana*, aff. C-275/06; se reporter aux commentaires de Ch. CARON, *CCE* mars 2008, comm. n° 32.

<sup>93</sup> L'ordonnance de la C.J.C.E. du 19 février 2009 (*LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH c. Tele 2 Telecommunication GmbH*, aff. C-557/07.) s'inscrit dans la même tendance: voy. L. COSTES, *CCE* avril 2009, comm. 1567, p. 22.

<sup>90</sup> Disponible sur [http://www.ispa.be/files/code\\_of\\_conduct\\_x20fr.pdf](http://www.ispa.be/files/code_of_conduct_x20fr.pdf).

sateurs de *peer-to-peer*, en dehors d'une action poursuivie par les autorités judiciaires. L'arrêt cité n'interdit pas au législateur d'aménager une telle possibilité dans sa loi sur la protection des données personnelles, mais impose le respect d'un principe de proportionnalité.

Toutefois, et pour faire preuve de bonne volonté dans la lutte contre ces échanges d'œuvres illégaux sans pour autant engager la responsabilité contractuelle des usagers, les fournisseurs d'accès pourraient accepter de jouer un rôle d'intermédiaire entre les sociétés de gestion collective et leurs abonnés en proposant à ceux-ci les contrats d'adhésion élaborés et fournis par les sociétés de gestion ou en leur proposant de leur délivrer un mandat pour qu'ils traitent avec les sociétés de gestion. Cette voie diplomatique de règlement des différends devrait peut-être être privilégiée. Quoi qu'il en soit, si les fournisseurs d'accès à Internet persistent à s'abstenir d'une quelconque action, qu'elle soit contentieuse ou diplomatique, ils se retrouvent en inadéquation avec le code de bonne conduite de l'ISPA.

#### 4. *L'intervention des fournisseurs d'accès mandatée par le législateur*

À l'échelle européenne, le plan d'action de la Commission en matière de droits de propriété intellectuelle, publié le 24 mai 2011<sup>94</sup>, suggère que la Commission «va étudier les moyens de créer un cadre permettant en particulier de lutter plus efficacement contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur internet»<sup>95</sup>.

À cette fin, «toute modification devra viser à réprimer les infractions à leur source»<sup>96</sup>; il faudra alors «encourager la coopération avec les intermédiaires, notamment les prestataires de services internet»<sup>97</sup>. La Commission indique qu'il ne s'agit pas de «porter atteinte aux objectifs des politiques en matière de haut débit ni aux intérêts des consommateurs»<sup>98</sup>. Elle précise d'ailleurs que ces modifications devront respecter tous les droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à savoir notamment le droit au respect de la vie privée, à la protection des données à caractère personnel, à la liberté d'expression et à l'information<sup>99</sup>. Le commissaire de la DG Marché Intérieur, Michel Barnier, a déclaré, lors de la présentation du plan d'action, que son intention, «s'agissant de l'éradication des sites de piratage, est d'agir plus directement à la source, c'est-à-dire vers et avec les fournisseurs d'accès à internet»<sup>100</sup>. Pour l'heure, cette coopération avec les fournisseurs d'accès n'a pas été définie. Mais force est de constater que l'Europe envisage désormais de se tourner vers ces intermédiaires pour lutter efficacement contre les comportements enfreignant le droit d'auteur. La tendance européenne s'oriente donc vers une implication accrue des fournisseurs d'accès à Internet.

À l'échelon national, les deux propositions de lois des groupes MR et Ecolo/Groen invitent voire imposent aux fournisseurs d'accès de s'impliquer dans un modèle contractuel destiné à autoriser les échanges d'œuvres sur Internet<sup>101</sup>. Se pose alors la question de savoir si le législateur peut imposer aux fournis-

<sup>94</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, Bruxelles, le 24 mai 2011, COM(2011) 287 final.

<sup>95</sup> *Ibid.*, spéc. pp. 22-23.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> S. ESTIENNE, «L'Europe relance le débat sur les droits d'auteur à l'heure d'internet», dépêche AFP, 24 mai 2011.

<sup>101</sup> *Cfr. supra.*

seurs d'accès de négocier avec les sociétés de gestion collective dans ce contexte. Il semble que cette idée malmène un principe fondamental du droit: la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Une dérogation pourrait être envisageable pour la poursuite d'un intérêt public important ou à tout le moins mériterait d'être justifiée.

Le législateur pourrait se contenter d'instituer un cadre plus large aux négociations en créant une commission relative à Internet, qui rassemblerait des représentants des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, des internautes et consommateurs et des fournisseurs d'accès. Au sein de cette commission, des discussions pourraient avoir lieu sur une éventuelle légitimation des échanges *peer-to-peer*. La participation des consommateurs permettrait d'élargir la discussion aux réels utilisateurs des œuvres et éventuellement, de ne faire des fournisseurs d'accès à Internet que les intermédiaires à un contrat de licence conclu entre les ayants droit et les internautes (voy. *supra*). L'association de consommateurs Test-Achat s'est d'ailleurs récemment déclarée favorable à la mise en place d'une licence négociée<sup>102</sup>. Une telle commission pourrait être rattachée à l'IBPT, comme le préconise la proposition de loi Ecolo en créant un « Observatoire de l'Internet » chargé d'objectiver et d'étudier les usages de l'Internet en Belgique, dans le respect de la vie privée des internautes<sup>103</sup>. Toutefois, la compétence de l'IBPT exclut en principe les questions de contenus circulant sur les réseaux. S'agis-

sant d'une matière de droit d'auteur, on peut également imaginer que cette commission, à l'instar de celle qui existe pour les licences obligatoires, soit organisée par le SPF Économie, compétent en la matière.

## CONCLUSION

L'implication des fournisseurs d'accès à Internet dans un modèle d'autorisation des échanges d'œuvres sur Internet peut prendre deux formes différentes. Dans le premier modèle contractuel, les fournisseurs d'accès à Internet pourraient conclure un contrat avec les sociétés de gestion collective afin d'autoriser leurs abonnés Internet à échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* à condition de verser une rémunération aux titulaires de droits. Dans le second modèle contractuel, les fournisseurs d'accès pourraient tout simplement servir de relais entre les titulaires de droits et leurs abonnés en se contentant de transmettre les contrats proposés par les sociétés de gestion collective à leurs abonnés ou en proposant à leurs abonnés de les mandater pour signer ce type de contrat. Ce rôle plus limité des fournisseurs d'accès n'est pas souvent proposé mais il permettrait de résoudre les difficultés de qualification de leur intervention contractuelle et de les convaincre plus aisément de jouer un rôle dans le processus d'autorisation. Plusieurs moyens existent d'ailleurs pour soutenir l'invitation de ces acteurs à la table des négociations, qu'ils soient d'ordre économique (la valeur économique qu'ils retirent des échanges en *peer-to-peer*), commercial (l'avantage concurrentiel à proposer à ses abonnés de pouvoir échanger des œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* en toute légalité), déontologique (le respect de leur code de bonne conduite prônant un usage licite d'Internet). De plus, la tendance, au niveau européen, s'oriente inéluctablement vers une implication accrue des fournisseurs d'accès à Internet dans la lutte

<sup>102</sup> Audition concernant les propositions de loi Ecolo et MR, Sénat de Belgique, 11 mai 2011. Voy. également sur le site de Test-Achats: « Le débat ne fait que débiter et Test-Achats entend être partie prenante à celui-ci, dans la recherche d'un système équilibré où l'internaute puisse bénéficier d'une offre culturelle en ligne diversifiée et de qualité, mais également dans lequel les auteurs seraient équitablement rémunérés ».

<sup>103</sup> Voy. la proposition de loi 5-590/1, *op. cit.*, art. 78-3.

contre les comportements illégaux envers les œuvres protégées par le droit d'auteur. Dès lors, les fournisseurs d'accès devraient peut-être volontairement, et avant que cela ne devienne contraignant, s'engager dans une telle démarche. Car il n'est pas impossible – il

suffit de se référer aux propositions de lois belges – qu'à défaut d'une implication volontaire des fournisseurs d'accès à Internet, le législateur leur impose une telle implication ou, à tout le moins, établisse un cadre de négociation.