

MARIE-ANNE GALLOT LE LORIER
CABINET NGO, MIGUÉRES & ASSOCIÉS
AVOCATS À LA COUR D'APPEL DE PARIS
45, AVENUE MONTAIGNE - 75008 PARIS
TEL : 01.47.20.92.92 - FAX : 01.47.23.91.55
EMAIL : ma.gallotlelorier@ngo-avocats.com

MARIE-ANNE GALLOT LE LORIER

AVOCAT À LA COUR

CONFERENCE IEXPO – 14 JUIN 2007

LE PEER TO PEER
DANS L'ENVIRONNEMENT
DU WEB 2.0 :

QUELLE EVOLUTION PEUT-ON PRÉVOIR ?

Après avoir présenté le P2P (1^{ère} partie) et le Web 2.0 (2^{ème} partie), nous allons voir quelle influence les décisions jurisprudentielles et les textes existants pourront avoir dans le cadre du Web 2.0 (3^{ème} partie).

I. LE PEER TO PEER

1) Présentation du Peer to Peer ?

Des milliers d'internautes se connectent chaque jour sur le Net et s'échangent des centaines de millions de fichiers : de la musique, des films, des séries télévisées, des logiciels, des images et toutes sortes de fichiers écrits.

Le système du PEER TO PEER (traduction : poste à poste ou pair à pair ou égal à égal) que les industries du disque et du cinéma considèrent comme la cause de tous leurs maux gagnent du terrain.

Chaque particulier qui installe un logiciel de PEER TO PEER sur son ordinateur a immédiatement accès aux fichiers qui se trouvent sur l'ensemble des ordinateurs connectés dans le monde utilisant le même logiciel sans avoir besoin de passer par l'intermédiaire d'un serveur centralisé.

Ce mécanisme d'échanges entre particuliers de fichiers informatiques s'est développé de manière fulgurante puisque cette technologie permet aux internautes d'obtenir des œuvres protégées gratuitement et sans autorisation des ayants droit.

Ainsi, nous allons voir comment la jurisprudence et le législateur ont appréhendé ce phénomène.

2) La jurisprudence

- Les condamnations d'éditeurs de logiciels :

Les décisions de justice les plus connues sont celles des éditeurs étrangers comme Napster, Kazaa et Grokster que nous aborderons plus loin.

En France, un exemple antérieur à la DADVSI : **Tribunal Correctionnel d'EPINAL – 24 octobre 2000 "SCCP c/ Monsieur C.S:**

Le prévenu éditeur de logiciels qui mettait gratuitement à la disposition des internautes des phonogrammes numérisés à partir du site « *Top Music* » sans l'autorisation des artistes et des producteurs et éditeurs de logiciels, a été condamné à une peine de quatre mois de prison avec sursis et 3.000 € de dommages et intérêts.

Motif : En mettant à la disposition des utilisateurs du réseau Internet, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des artistes et des producteurs, le prévenu s'est rendu coupable du délit de contrefaçon.

Précisons que cet éditeur de logiciels mettant à la disposition du public des fichiers illicites de musique au format MP3 au moyen de liens hypertextes avait un comportement actif par son pouvoir de contrôle sur l'adresse vers laquelle le lien renvoyait

- Condamnation d'internautes : quelques exemples

TGI Chambéry 01.09.2006

Condamnation d'un internaute pour avoir téléchargé sur eMule diverses œuvres protégées par le droit d'auteur.

Le délit de contrefaçon est matériellement constitué, quand bien même le matériel en question tel qu'il était paramétré ne proposait pas de fichiers à des tiers.

TGI Rennes 30.11.2006 (jugement correctionnel)

Une internaute est condamnée pour contrefaçon après avoir téléchargé et mis à disposition plus de 1600 fichiers musicaux sur un logiciel de partage peer to peer, mais voit sa peine "amoindrie" au motif qu'elle agissait dans un but de découverte, non lucratif et sans volonté de nuire aux professionnels.

CA Versailles 16.03.2007

Un internaute est condamné pour avoir téléchargé et gravé plus de 10 000 fichiers musicaux, se rendant ainsi coupable du délit de contrefaçon par reproduction et diffusion d'œuvres de l'esprit en violation des droits de leurs auteurs.

- La jurisprudence *Mulholland Drive*

Afin de protéger les œuvres, les producteurs de CD et de DVD ont mis en place des dispositifs de protection qui empêchent de copier les œuvres sur des CD ou des DVD vierges.

Les consommateurs ont vivement réagi contre ces dispositifs.

Sur le terrain du droit de la consommation, dans un jugement rendu à l'encontre de SONY (TGI Nanterre, 15 décembre 2006), le TGI de Nanterre a estimé qu'en n'informant pas explicitement les consommateurs de l'impossibilité d'utiliser les fichiers MP3 protégés par des DRM sur d'autres baladeurs que ceux de sa propre marque, SONY a commis le délit de tromperie sur les qualités substantielles et l'aptitude à l'emploi d'un produit.

D'autres actions en justice ont été dirigées à l'encontre des producteurs au prétexte que ces dispositifs anti copie portaient atteinte à l'exception de copie privée.

L'affaire est arrivée devant la Cour de Cassation : il s'agit de l'affaire dite « Mulholland Drive (Civ. 1, 28.02.2006) par laquelle, la Cour a rappelé trois choses :

- que la copie privée n'est pas un droit du consommateur mais bien une exception au droit d'auteur ;
- que les ayants droit ont le droit de recourir à des mesures techniques de protection afin de protéger les œuvres ;
- mais également que les ayants doivent respecter l'exception de copie privée des consommateurs.

Elle a en réalité appliqué ce qu'on appelle aujourd'hui le « Triple Test » ou « Test en Trois Etapes » (issu de la Convention de Berne, des Accords ADPIC, du Traité de l'OMPI et de la Directive européenne du 22 mai 2001) en estimant que les mesures de protection peuvent être mises en place lorsque la copie « *aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique* ».

En effet, en application du Test des Trois Etapes, une exception au droit d'auteur (telle que la copie privée) est autorisée à condition que l'exception :

- soit limitée à certains cas spéciaux ;
- ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ;
- ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Nous allons voir que ce test a été repris lors de l'élaboration de la DADVSI, la nouvelle loi sur le droit d'auteur du 1^{er} août 2006.

3) Derniers développements législatifs – la DADVSI

La loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006, dite loi DADVSI, transpose en droit français la directive n°2001-29 du 22 mai 2001.

Cette nouvelle loi introduit de nouvelles exceptions au droit d'auteur et de nouvelles sanctions afin d'appréhender le phénomène du P2P.

(i) De nouvelles exceptions (article L. 122-5 CPI)

Nous ne citerons que les exceptions les plus pertinentes à notre sujet.

Le législateur français a fait le choix d'insérer expressément à l'article L. 122-5 du CPI le Test en Trois Etapes puisque celui-ci dispose désormais (avant dernier alinéa : « *les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* »).

L'article L. 132-20, 4° du CPI vise à briser la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux antennes collectives qui avait considéré la retransmission des signaux télédiffusés reçus au moyen d'une antenne collective au sein d'un ensemble d'habitations comme une nouvelle représentation nécessitant l'autorisation et la rémunération des ayants droit.

Désormais, l'article L. 132-20, 4° du CPI vient préciser qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle représentation mais de l'émission d'un signal déjà préexistant ne nécessitant pas une nouvelle autorisation ni un nouveau paiement.

Cependant, il s'agit là d'une disposition exceptionnelle puisque la copropriété vers laquelle est redirigé le signal ne peut être qualifiée de cercle de famille au sens de l'exception au droit de représentation.

Cette nouvelle entorse au droit d'auteur soulève des interrogations dans le monde du web 2.0 qui permet à un internaute la diffusion gratuite et sans autorisation à « sa » communauté d'internautes, acte de représentation qui n'est pas admis au titre de l'exception du cercle de famille.

(ii) Légalisation des mesures techniques de protection

La DADVSI a conduit à l'introduction dans le CPI d'une nouvelle section dédiée aux « mesures techniques de protection et d'information » (ci-après « MPT »).

L'article L. 331-5 dispose « *les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre* ».

L'article L. 335-3-1 CPI prévoit les sanctions applicables à toute personne qui porterait ou permettrait de porter sciemment atteinte à ces MTP : 3750 euros d'amende à l'encontre de celui qui porte atteinte au dispositif de protection (souvent un consommateur lambda) et 6 mois d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende pour celui qui met sciemment à disposition les moyens de porter atteinte au dispositif de protection.

Le décret du 23 décembre 2006 (premier décret d'application de la loi) vient ajouter un article R. 335-3 au CPI et poser une nouvelle contravention de 4^{ème} classe réprimant l'atteinte à une mesure technique lorsqu'elle est réalisée au moyen d'une « *application technologique, dispositif ou composant conçu ou spécialement adapté pour porter atteinte à une mesure technique efficace* », donc sans intervention personnelle directe de l'auteur des faits.

La simple détention d'un tel procédé, stocké sur le disque dur d'un ordinateur, est constitutive de l'infraction. Le montant maximum de la peine d'amende encourue est de 750 euros (article 131-13 du Code pénal).

Ledit décret prévoit également une double exception à cette contravention pour les actes « *qui ne portent pas préjudice aux titulaires de droits et qui sont réalisés à des fins de sécurité informatique ou à des fins de recherche scientifique en cryptographie* ».

(iii) La prévention du téléchargement illicite

La DADVSI insère un nouveau chapitre intitulé « *la prévention du téléchargement illicite* » dans le CPI. Il s'agit du volet civil de la prévention.

L. 336-1 du CPI concerne les éditeurs de logiciels P2P : le juge peut ordonner en référé des mesures nécessaires à la protection des œuvres ;

L. 336-2 du CPI concerne les fournisseurs d'accès à Internet : se doivent d'adresser aux internautes « *des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement* ».

Les dispositions pénales classiques

Les actes de contrefaçon sont sanctionnés par les articles L. 335-1 et s. du CPI.

Si la condamnation civile à des dommages et intérêts reste à l'entière appréciation du juge, les peines prononcées par le juge pénal peuvent aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende.

La DADVSI a également insérer de nouvelles dispositions pénales :

L. 335-2-1 du CPI concerne celui qui édite, met à disposition du public ou communique au public (ou incite à ces actes), sciemment, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisé d'œuvres ou d'objets protégés : 3 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amendes ;

L. 335-12 du CPI concerne les fournisseurs d'accès à Internet qui doivent réagir en cas de persistance des actes de contrefaçon. La DADVSI renvoie en l'occurrence à la LCEN.

La circulaire du 3 janvier 2007 du Ministère de la Justice (sur la réponse graduée) :

La circulaire invite les procureurs et magistrats à recourir au système de sanctions graduées, système qui avait pourtant été censuré par le Conseil constitutionnel.

La circulaire dégage trois niveaux de responsabilité :

Contre les éditeurs voire les distributeurs de logiciels de P2P, *"les parquets requerront des peines principales hautement dissuasives"*.

Contre les internautes qui mettent sciemment à disposition des œuvres protégés, le degré de gravité est proportionnel au temps qui sépare l'acte de piratage de la sortie d'une œuvre.

Prévues contre « les internautes du dimanche », *« des peines de nature exclusivement pécuniaire »* dont le montant sera à interpréter au regard du nombre de titres téléchargés.

II. LE WEB 2.0

1) Présentation du web 2.0

Le web traditionnel est un outil de diffusion et de visualisation de données stockées de manière permanente sur un site internet statique.

Avec le web 2.0, des applications web (des systèmes de gestion de contenus) donnent la possibilité aux internautes d'éditer leur propre contenu, permettant ainsi la diffusion de musique, de films, de séries télévisées, d'émissions télés, d'information etc. sur des sites de partages tels que YouTube, MySpace ou Wikipédia.

Ce contenu est diffusé en mode *streaming* qui pourrait être traduit en français par la "diffusion en flux" ou "diffusion en continu".

Avec cette méthode de diffusion, l'internaute qui souhaite visionner une vidéo ou écouter de la musique est dit « passif » parce qu'il ne télécharge pas et donc ne stocke pas sur son ordinateur le contenu, il ne fait que le consulter.

L'internaute est en revanche actif si c'est lui qui contribue au partage, c'est-à-dire que c'est lui qui édite le contenu sur le site.

Parfois, la diffusion en ligne se fait par la technique des liens sur des sites dits de « référencement » : ces sites répertorient les liens sur lesquels l'internaute peut cliquer pour avoir accès aux œuvres protégées.

2. Quelques exemples concrets de Web 2.0

- La vidéo (YouTube)

YouTube (récemment racheté par GOOGLE) est une mine pour les internautes qui recherchent des séries télévisées ou les derniers films sortis au cinéma.

A tel point que la diffusion en streaming des œuvres sur les sites de web 2.0 bouleverse la chronologie des médias.

En effet, les séries américaines sont diffusées sur le web 2.0 le lendemain de leur diffusion aux Etats-Unis et par conséquent plusieurs mois avant leur passage sur les écrans français.

Si de plus en plus de chaînes de télévision privées mettent leur contenu sur Internet afin d'éviter la diffusion illégale, ils limitent le plus souvent cette diffusion au territoire des Etats-Unis. Cela ne restreint donc pas la diffusion illégale vers les autres pays.

Exemple aussi de tous les vidéoclips qui allient le son et l'image et pour la diffusion desquels les maisons de disque n'ont pas donné leur accord.

- Son : les Webradios (Fastfm) :

Voilà quelques années qu'un certain nombre de radios se sont installées sur internet. Certaines, généralement celles qui diffusent également sur la bande FM, ont obtenu les autorisations nécessaires auprès des artistes et des sociétés de gestion collective pour le mode de diffusion par Internet.

D'autres au contraire diffusent en continu des titres pour lesquels elles n'ont effectué aucune démarche. Cela a été le cas du site russe delit.ru qui diffusait jusqu'à récemment des œuvres sans autorisation, ou bien encore des webradios telles que Pandora et Blogmusik.

- Images (Flickr ...) :

Les photographes et leurs agences disposent de droits d'auteurs sur une quantité innombrable d'images qui circulent sur la toile.

A la différence des vidéos ou de la musique diffusés en streaming, les images étant statiques, elles peuvent être copiées et enregistrées sur le disque dur d'un internaute.

- Presse (Wikio ... sites de remontée d'information)

Qu'il s'agisse des sites reproduisant l'intégralité d'un article de presse ou créant simplement un lien pour la consultation de cet article, les droits d'auteurs des journalistes sont susceptibles là aussi de faire l'objet d'une violation.

2) Points communs et différences avec le P2P : le rôle des différents acteurs

- L'internaute "actif" (celui qui met en ligne les œuvres protégées) :

Tout comme en matière de P2P, l'internaute actif est celui qui transmet au serveur central l'œuvre protégée dont il dispose, sans y être autorisé par les ayants droit. Il contribue donc à la diffusion de ces œuvres, dont l'accès peut lui avoir été permis au surplus par le détournement de mesures techniques de protection.

- L'internaute passif (celui qui consulte) :

Contrairement au P2P, l'internaute passif se contente de visionner une œuvre chez lui sans stocker l'œuvre.

- L'éditeur de contenus :

Comme avec le P2P, l'éditeur du site permet la diffusion des œuvres mises en ligne par les internautes. Il participe donc à la propagation de contenus parfois contrefaisants à l'instar de l'éditeur de logiciels de P2P.

- L'hébergeur :

Comme avec le P2P, c'est l'hébergeur qui permet le stockage sur un serveur de toutes les œuvres que lui communiquent les internautes.

- Le fournisseur d'accès à Internet :

Comme avec le P2P, ils donnent les moyens techniques aux éditeurs de réaliser leur mission, et peuvent avoir un rôle à jouer dans la communication des données personnelles sur les internautes qui violeraient les droits d'auteur.

Cf. jurisprudence sur la responsabilité des fournisseurs d'accès dans le cas de sites racistes ou antisémites hébergés à l'étranger (*Affaire AAARGH*) : sur le fondement de la LCEN, les fournisseurs d'accès à Internet ont vu leur responsabilité engagée à défaut de pouvoir connaître l'auteur du site raciste/antisémite ou de pouvoir sanctionner l'hébergeur qui se trouve à l'étranger.

III. L'APPRÉHENSION DU WEB 2.0 PAR LE DROIT

1) Rappel des dispositions classiques du CPI

- Droit de reproduction (article L. 122-3 CPI)

L'article L. 122-3 du CPI dispose :

« La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ».

La reproduction fait partie du monopole de l'auteur. Tout acte d'un tiers qui consisterait à reproduire une œuvre d'un support autorisé à un autre non autorisé, en vue de sa communication au public, est une contrefaçon, sauf à faire application des exceptions de copie privée ou de reproduction provisoire.

A cet égard, la jurisprudence a jugé il y a déjà plus de 10 ans que *« toute reproduction par numérisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur susceptible d'être mise à la disposition de personnes connectées au réseau Internet doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires de droit ».*

- Droit de représentation (article L. 122-2 CPI)

L'article L. 122-2 du CPI définit la représentation comme :

« La communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment (...) par télédiffusion. La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature ».

Cette définition comprend le réseau Internet.

2) Application de la législation au Web 2.0

a) Application des dispositions du CPI

Les dispositions classiques en matière de contrefaçon sont applicables sans difficulté particulière. En revanche, les nouvelles dispositions issues de la DADVSI ont eu pour objectif de lutter contre le téléchargement illégal et les logiciels de P2P. Au cours des débats, le problème des sites de web 2.0 n'avait encore été abordé.

- Dispositions classiques

Droit de reproduction

L'internaute actif, en numérisant des œuvres protégées dans l'intention de les diffuser sur des sites de partage tels que YouTube, porte atteinte au droit de reproduction.

En revanche, l'internaute "passif", qui ne fait que visionner un contenu chez lui, ne porte pas atteinte au droit de reproduction puisqu'il ne stocke pas l'œuvre afin de la communiquer au public.

Avec le P2P, on avait émis la possibilité de sanctionner l'acte de téléchargement (*download*) en raison de la source illicite (le logiciel de P2P étant la source illicite permettant de se procurer une œuvre protégée). Cependant, cette question n'a pas encore été tranchée ni par la loi ni par la jurisprudence.

Avec le web 2.0, l'internaute passif pourrait être sanctionné sur le fondement de la source illicite.

Droit de représentation

L'internaute actif diffuse sur Internet des contenus protégés sans autorisation.

Il porte donc atteinte au droit de représentation puisqu'il met en place ou facilite la communication d'une œuvre à un public.

La question s'est posée de savoir si l'internaute qui ne diffusait le contenu protégé qu'à « sa » communauté d'internautes pouvait être protégé au titre de l'exception du cercle de famille.

On a eu tendance à répondre à cette problématique par la négative : en effet, s'il y transfert de signaux vers une pluralité de lieux susceptibles d'être, isolément, regardés comme

privés : l'opération est alors appréhendée du point de vue de celui qui émet et non plus de celui qui reçoit.

Cette solution est compréhensible puisque si l'on admettait l'exception du cercle de famille dans un tel cas, cela pourrait aboutir à des abus. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, la DADVSI a mis fin à la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la copropriété.

La différence s'expliquant par l'impossibilité de pouvoir appréhender une communauté d'internautes de la même manière qu'une copropriété d'un immeuble dont le nombre d'habitant est fixe.

La bande organisée

Le Code Pénal définit la bande organisée comme « *tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* » (132-71 du Code Pénal).

On peut se demander si la qualification de bande organisée ne pourrait pas trouver à s'appliquer dans le cadre d'une communauté d'internautes diffusant des œuvres protégées sur un site de partage.

- Les nouvelles dispositions

La prévention en matière de téléchargement

Comme nous l'avons dit, en matière de P2P, la DADVSI et la LCEN imposent aux prestataires techniques l'obligation de fournir les moyens techniques afin que cessent les actes de contrefaçon (cf. L. 335-12 du CPI) et sur le fondement de la DADVSI, le juge des référés peut ordonner aux éditeurs de logiciels de faire en sorte que cessent les actes de contrefaçons.

Certes ces nouvelles dispositions visaient à sanctionner l'utilisation des logiciels de P2P mais il va de soi que les dispositions concernant les prestataires techniques sont applicables de la même façon au web 2.0.

En revanche, on peut se poser la question de savoir si celles concernant les éditeurs de logiciels peuvent être étendues aux éditeurs de site interactifs comme YouTube puisque le texte parle de logiciels.

Le contournement des mesures techniques de protection

Avec le web 2.0, les agissements visant à contourner les mesures techniques de protection afin de diffuser des œuvres protégées en ligne sont condamnables au même titre qu'en matière de P2P.

Les sanctions graduées

Compte tenu des solutions retenues par la circulaire du 3 janvier 2007, il est fort probable que les juges prennent pour référence les condamnations prononcées dans le cadre du P2P afin d'évaluer les condamnations en matière de web 2.0 puisqu'il s'agit finalement de sanctionner les mêmes atteintes au droit d'auteur.

Ainsi :

Contre les éditeurs de site web 2.0, "les parquets requerront des peines principales hautement dissuasives".

Contre les internautes qui mettent sciemment à disposition des œuvres protégées, le degré de gravité est proportionnel au temps qui sépare l'acte de piratage de la sortie d'une œuvre.

Prévues contre « les internautes du dimanche », « des peines de nature exclusivement pécuniaire » dont le montant sera à interpréter au regard du nombre de titres téléchargés.

b) La réaction des juges

(i) La jurisprudence américaine du P2P prise comme exemple ?

Napster

Si la cour n'hésite pas en l'espèce à reconnaître une violation des droits d'auteurs par les utilisateurs, sa réflexion sur l'éditeur du logiciel P2P est plus technique.

En effet, elle juge que Napster est responsable (*vicarious liability*) des violations constatées dans la mesure où la société éditrice avait la possibilité et le droit de superviser l'activité contrefaisante des internautes et qu'elle y avait un intérêt financier direct.

C'est suite à cette décision que les éditeurs ont décidé de créer des programmes de pair-à-pair ne leur permettant pas techniquement d'être informés des violations de droits qui se

déroulent ou encore d'y mettre un terme. Ils vont désormais se limiter à envoyer aux internautes des messages d'avertissements sur la législation applicable.

Grokster

C'est dans cette décision que la Cour suprême pose la règle de l'incitation ("*inducement rule*") selon laquelle celui qui distribue un objet en faisant la promotion de son utilisation alors que celle-ci porte atteinte au droit d'auteur, que ce soit expressément ou par des mesures y contribuant significativement, est responsable des actes de contrefaçon effectués par des tiers.

Par conséquent, pour qu'il y ait incitation juridiquement, la simple connaissance, même précise ne suffit plus, il faut constater une expression coupable, un agissement orienté.

Kazaa

Il existe dans cette affaire une divergence entre les pays, ce qui montre que la problématique du rôle de l'internaute reste essentielle :

En 2003 : l'équivalent de la Cour de Cassation néerlandaise a jugé que le logiciel de peer-to-peer Kazaa était légal. L'action en justice avait été intentée par l'équivalent néerlandais de la SACEM.

En effet, elle affirme que le propriétaire du système d'échange de fichiers Kazaa ne peut pas être tenu responsable des pratiques de certains de ces utilisateurs.

En 2005 : en revanche, en Australie, une juridiction fédérale a jugé que le logiciel Kazaa encourageait à la violation du droit d'auteur (cf. décision Grokster) et l'a donc condamné pour contrefaçon.

Le tribunal a donné deux mois à Kazaa pour mettre en place des filtres antipiratage à destination des internautes australiens (à rapprocher : Yahoo ! France pour le site d'enchères nazi).

(ii) Quid pour le Web 2.0 : transposition ?

Alors qu'avec le P2P, d'une part, on sanctionnait les internautes afin de dissuader la population à utiliser les sites de P2P (exemples pris au hasard dans la population) et d'autre part, on recherchait la responsabilité des éditeurs de logiciels.

Avec le web 2.0, les poursuites engagées contre les internautes ont diminuées et on peut aujourd'hui noter une recrudescence dans la recherche d'une responsabilité de l'éditeur du site et des prestataires techniques.

- Actions à l'encontre des éditeurs de site :

Comme nous l'avons dit, deux solutions ont été trouvées en matière de P2P pour sanctionner les éditeurs de logiciels : soit l'éditeur du logiciel est responsable parce qu'il contrôle le contenu diffusé grâce à son logiciel (décision Napster), soit l'éditeur est responsable parce qu'il incite l'utilisateur aux agissements contrefaisants (décision Grokster).

La nouvelle problématique soulevée avec le web 2.0 est le rôle déterminant des internautes (les UGC, *User Generated Content*) qui fournissent du contenu sur ces sites de partage.

L'éditeur du site ou l'hébergeur n'a donc qu'un rôle secondaire.

Aussi, afin de retenir la responsabilité d'un éditeur de site tel que YouTube, il faudrait utiliser la théorie de l'incitation à la contrefaçon telle que développée dans l'arrêt Grokster.

Telle sera peut-être l'argumentation de la Cour Suprême aux Etats-Unis pour résoudre le litige pendant entre YouTube et Viacom.

- Actions en responsabilité engagées à l'encontre des fournisseurs d'accès à Internet partout dans le monde

Les recours contre YouTube ne concernent pas uniquement le droit d'auteur puisque certains contenus circulant peuvent porter atteinte aux droits des personnes (droit à l'image, droit au respect de la vie privée) ou peuvent être constitutif d'actes diffamatoires.

Ainsi :

- Un tribunal brésilien a ordonné aux fournisseurs d'accès à Internet brésiliens de bloquer l'accès à YouTube sur le fondement du respect à la vie privée. En effet, circulait sur ledit site une vidéo qui mettait en scène les « ébats sentimentaux » de l'ex femme de Ronaldo.

Suite aux plaintes d'associations et d'internautes, le Tribunal a fait marche arrière et a permis à nouveau la diffusion du site YouTube à condition que ce dernier bloque l'accès à cette vidéo.

- De la même manière, un tribunal turc a ordonné au fournisseur d'accès turc Turk Telecom, de couper l'accès à Youtube. Cette décision sanctionne la mise en ligne sur la plate-forme d'une vidéo considérée comme insultante envers Mustafa Kemal

Ataturk, le père de la nation turc moderne. Un crime passible de prison en droit turc.

Turk Telecom a néanmoins mis fin à cette mesure suite à la levée de l'interdiction prononcée par le tribunal.

- Les Webradios (Pandora, Blogmusik, Delit.ru, etc) : des mesures engagées à l'encontre des hébergeurs des sites en France

Les webradios proposent à ses utilisateurs de rechercher et d'écouter, en streaming, des chansons à la demande.

Il en va ainsi de RadioBlgClub et de BlogMusik.net, cette dernière ayant la particularité de ne pas héberger la musique mais de repérer les fichiers audio disponibles sur le web et de les intégrer à sa plate-forme.

Début mars 2007, ces deux webradios ont vu leurs accès bloqués par les hébergeurs sur mise en demeure de la Sacem pour RadioBlgClub et des sociétés d'auteur (SACEM, SDRM, SESAM) et de la SPPF (société des producteurs de phonogrammes en France) pour BlogMusik.net, sur le fondement de la LCEN.

- Les autres actions possibles : des actions en justice à l'encontre des hébergeurs de site sur le fondement de la responsabilité civile

Dans une affaire opposant l'éditeur de bandes dessinées Dargaud Lombard et le fournisseur d'accès à Internet Tiscali Média, les juges ont estimé que les prestataires de services en mesure d'exercer un **contrôle sur l'information** à laquelle ils donnent accès ou qu'ils hébergent voient justement leur responsabilité engagée en raison du contenu des sites hébergés (CA Paris, 7 juin 2006, Tiscali Media c. Dargaud Lombard ; Cass. 17 novembre 1992, bull. civ. N° 379 ; TGI Paris, 13 juin 2005, RG 05/53871 ; CA Paris, 10 février 1999, RG 1998/16424 ; CA Versailles, 8 juin 2000, RG 00/01481).

Il s'agit d'une responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code Civil.

Ainsi, à défaut de pouvoir retenir la responsabilité des prestataires techniques sur le fondement de la DADVSI ou de la LCEN, s'il s'avère qu'un contrôle de l'information est possible mais qu'aucune mesure n'est prise pour faire obstacle à la circulation de contenus protégés, la responsabilité civile de l'hébergeur pourrait être engagée.

Précisons que YouTube a mis en place un système de notification assez développé : ainsi, chaque producteur ou chaque internaute ou chaque ayant droit repérant un contenu protégé circulant sans autorisation sur le site peut envoyer à YouTube une notification afin que celui-ci retire le contenu visé du site.

Il apparaît que ce système fonctionne bien puisque bien des ayants droit l'ont utilisé afin de faire obstacle à la diffusion d'une œuvre.

Mais ce système de contrôle a posteriori est-il suffisant ?

3) Les solutions trouvées

- Priorité à la négociation et aux accords

LES WEBRADIOS

Suite aux interdictions de diffusion imposées que nous avons mentionnées, un accord est intervenu le 19 mars 2007 entre l'Association France Webradios (qui comprend 14 webradios, à savoir : 4U Radios, Bide & Musique, Click'n Rock, Crock FM, Fréquence 3, La Grosse Radio, La Radio De La Mer, La Radio De Sebb, Paris One, Radio ABF, Radio Blagon, Radio DLV, RMX Radio, Rock One, et Xstream80) et la SCPP (société civile des producteurs phonographiques).

En application de cet accord, trois types de contrats de diffusion de contenus numériques sont prévus :

- La webradio dont les recettes sont inférieures à 15.000 euros par an et qui draine jusqu'à 5.000 auditeurs doivent payer une redevance annuelle de 480 euros : en échange, la webradio a le droit de diffuser pendant un an les morceaux issus du catalogue de la SCPP ;
- La webradio dont les recettes sont comprises entre 15.000 et 40.000 euros par an et qui draine entre 5.000 et 20.000 auditeurs doivent payer une redevance annuelle de 960 euros par an : en échange, la webradio a le droit de diffuser le catalogue de la SCPP pendant un an ;
- Si la webradio dépasse 20.000 auditeurs et 40.000 euros de recettes par an, elle devra alors payer à la SCPP 15% de son CA.

Cet accord devrait concerner environ 180 webradios en France.

Si la situation est réglée pour les webradios française avec la SCPP, il reste encore à s'accorder avec la SACEM, l'ADAMI et les autres sociétés d'auteurs.

Le problème n'est tout de même pas régler à l'international puisque la webradio Pandora vient d'être bloquée aux Etats-Unis sous la pression du RIAA, le syndicat des producteurs de disque américain.

Affaire à suivre...

GOOGLE ET LA MUSIQUE / LA VIDEO

Septembre 2006

Après Universal qui s'allie à SpiralFrog pour mettre à disposition 3 millions de titres de son catalogue, c'est au tour de YouTube d'annoncer son partenariat avec Warner Music.

Jusqu'à présent, les vidéos qui circulaient étaient des extraits pirates. Les programmes proposés désormais aux internautes seront légaux et pourront être intégrés dans leurs vidéos personnelles. Question rétribution, les deux firmes seront rémunérées par le biais de la publicité en ligne. Cet accord intervient quelques jours après qu'Universal a menacé de porter plainte contre YouTube et MySpace pour violation de droits d'auteurs.

Octobre 2006

Après avoir été menacée par Universal la plate-forme de vidéo en ligne YouTube réagit et annonce la signature de trois accords avec les maisons de disque Universal Music et Sony BMG Music, et avec le groupe de télévision CBS.

Les firmes et YouTube se rémunèreront via la publicité.

YouTube s'est engagé à intégrer des technologies pour filtrer tout contenu non autorisé par les ayants droit.

Novembre 2006

Universal, qui depuis quelques temps reprochait aux plates-formes communautaires YouTube et MySpace de violer le droit d'auteur, vient de lancer officiellement une procédure contre MySpace. Motif : le site faciliterait le téléchargement illégal de vidéos protégées.

Janvier 2007

YouTube, a annoncé que la plate-forme de partage de fichiers vidéo allait faire évoluer son modèle et partager une partie de ses revenus publicitaires avec les auteurs des vidéos. Ce

type de modèle est déjà proposé par des concurrents de YouTube comme l'israélien MetaCafé ou l'américain Revver.

MetaCafé propose par exemple de rémunérer les vidéos sur une base de 100 dollars pour 20 000 lectures et peut aller jusqu'à 10 000 dollars au delà de deux millions de lectures.

Twentieth Century Fox a déposé plainte contre YouTube afin de savoir qui a publié les copies piratées de quelques épisodes de la série télévisée "24" (diffusés on line avant qu'ils soient diffusés en TV) et "Les Simpsons". Dans la citation, déposée le 18 janvier devant la cour de Californie, on demande à YouTube de partager des informations utiles pour identifier l'utilisateur.

Février 2007

Le site YouTube et les dirigeants du Championnat NBA ont annoncé avoir signé un accord pour l'utilisation par le site des images de la NBA. Cet accord donne à la NBA la possibilité de retirer du site des vidéos dont elle est propriétaire et lui offre un espace dédié. Cet accord est le résultat de négociations qui avaient débuté après que la NBA avait demandé en novembre à You Tube de retirer les images au nom de la loi sur le copyright.

Début février, le groupe Viacom (Paramount) demandait au service de vidéo en ligne YouTube d'expurger son service d'une centaine de milliers de vidéos protégées par le droit d'auteur. Google vient d'annoncer qu'elle mettrait prochainement en place une technologie permettant de détecter automatiquement les contenus piratés. Problème : d'après diverses sources, YouTube souhaiterait réserver l'usage de ce dispositif aux contenus émanant de sociétés qui ont accepté de passer un accord commercial avec son service.

Deux sociétés indépendantes françaises, la maison de production cinématographique Flach Films et les éditions Montparnasse ont assigné en justice Google pour « contrefaçon et parasitisme ».

GOOGLE ET L'EDITION

FRANCE

Mars 2005

L'AFP attaque Google en justice au sujet de son service Google News, accusant le moteur de recherche d'avoir porté atteinte au copyright sur les images et les informations. La plainte a été déposée auprès d'un tribunal de Washington.

Google a finalement pris la décision de retirer tout le contenu de l'AFP de son site Google News.

Si les informations issues de l'AFP elle-même ne sont plus reprises, en revanche des citations issues d'autres sites reprenant le fil d'actu de l'AFP se retrouvent encore sur Google News.

Juillet 2006

Aujourd'hui, l'AFP se retrouve à nouveau face au géant du Web devant la Cour du district de Columbia. Au-delà des décisions prises par le tribunal, ce duel a valeur d'exemple car il remet en cause le fonctionnement de Google et pose le problème de la confrontation du droit de citation aux droits d'auteur sur Internet.

BELGIQUE

Février 2007

Google a décidé de faire appel du jugement de la justice belge donnant raison aux éditeurs de journaux belges francophones contre le moteur de recherche qui publiait des articles et des photos sans leur consentement.

ALLEMAGNE

Juin 2006

L'association des éditeurs de livres allemands a abandonné en juin 2006 ses poursuites contre Google, sur conseil du juge allemand en charge de l'affaire. Les éditeurs protestaient contre le projet de numérisation des livres pour alimenter sa grande bibliothèque numérique en ligne. Le juge allemand a expliqué que l'affaire concerne surtout la loi nord-américaine, sans violer directement les règles allemandes. Aux USA, plusieurs bibliothèques ont donné leur accord pour la numérisation de leur collection, certaines l'autorisent en revanche uniquement pour les ouvrages tombés dans le domaine public.

RUSSIE

Février 2007

La cour d'arbitrage de Moscou a ordonné aux dénommés sites Delit.ru et Delit.net de reverser 2.200 dollars de dommages-intérêts. C'est loin des 30.000 dollars demandés initialement par le plaignant, le géant du disque EMI. Les majors EMI, Sony BMG, Universal Music et Warner Music ont attaqué fin 2006 le plus célèbre des sites russes controversés, AllofMP3, devant la justice américaine, réclamant 150 000 dollars par titre dont les droits d'auteur seraient violés.

- Contrôle et retrait du contenu protégé mis en ligne / Prévention (messages d'avertissement)

Pour le moment, les ayants droit se contentent du système de notification mis en place par YouTube.

Cependant, cela n'est pas suffisant puisque les contenus même diffusés pendant quelques minutes peuvent être récupérés par d'autres internautes et diffusés sur d'autres sites.

Des questions techniques sont souvent posées aux fournisseurs d'accès à Internet pour savoir s'il est possible techniquement de bloquer des contenus protégés.

D'où : vers une identification des œuvres ?

- L'identification des œuvres

Le système de fichage des œuvres protégées comme alternative aux sanctions judiciaires

La société Advestigo a mis en place un tel système dénommé Advestigate et qui permet d'installer une sorte de « code barre » sur chaque œuvre.

Avec ce système, il est notamment possible de suivre la trace de chaque œuvre et donc de savoir quand elle a été mise en ligne pour la première fois.

- Le développement de la VOD

Le développement du streaming a poussé les chaînes de télévision et les producteurs de cinéma à autoriser la VOD.

Cependant, tous ne sont pas d'accord sur la place que doit prendre la VOD dans la chronologie des médias.

La Directive Sans Frontière dispose que le délai de sortie d'un film en VOD doit être prévu par accord interprofessionnel et non pas une disposition nationale.

En France, un accord est intervenu le 20 décembre 2005 pour une durée d'un an et prévoyait que la sortie de la VOD se faisait 33 semaines après la sortie du film en salle (soit 7 mois et demi).

Cet accord n'a pourtant pas été renouvelé.

La place de la VOD dans la chronologie des médias reste très floue.

Cependant, celle-ci apparaît toujours comme indispensable au soutien de la création audiovisuelle et cinématographique mais compte tenu de la distinction entre communication audiovisuelle et communication au public en ligne, la loi sur la télévision du futur n'a pas retenu l'amendement consistant à soumettre les éditeurs de VOD à une contribution au compte de soutien à l'industrie des programmes (COSIP).

En réalité, les offres d'accès à Internet qui incluent la VOD profitent aux fournisseurs d'accès à Internet.

CONCLUSION : VERS UN WEB 3.0 EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT ?

Une alliance du P2P et du Web 2.0 ?

Le web 3.0 et « l'internaute hébergeur » : vers une possible fin de la contrefaçon en ligne grâce à une surveillance adéquate des hébergeurs ?

Un essai de sites de téléchargement légaux mais des sites de web 2.0 qui n'ont pas encore trouvé de solution idéale pour qu'aucun contenu contrefaisant ne circule.

MARIE-ANNE GALLOT LE LORIER
CABINET NGO, MIGUÉRES & ASSOCIÉS
AVOCATS À LA COUR D'APPEL DE PARIS
45, AVENUE MONTAIGNE - 75008 PARIS
TEL : 01.47.20.92.92 - FAX : 01.47.23.91.55
EMAIL : ma.gallotlelorier@ngo-avocats.com