

Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Université de Paris Saclay

Faculté de Droit et Science Politique

Année Universitaire 2015-2016

Mémoire dans le cadre du

Master 2 Propriété Intellectuelle et Droit des Affaires Numériques

LES PLATEFORMES DE STREAMING ET LEUR QUALIFICATION JURIDIQUE

*De la nécessaire concordance entre le régime prévu par la LCEN et
le régime effectivement appliqué par les juridictions nationales*

Présenté par Monsieur Axel DINER en Juin 2016

Sous la direction de Maître Ronan HARDOUIN

Je tiens à remercier Maître Ronan HARDOUIN de m'avoir offert la possibilité d'étudier ce sujet, ainsi que toutes les personnes qui ont eu la gentillesse de lire la présente étude et d'y apporter leurs recommandations.

Plan

Introduction	4
PARTIE 1 : Qualification des plateformes de streaming	12
Chapitre 1 : Recherche de qualification pour la plateforme en application de la LCEN	12
Section 1 : Hébergeur ou Éditeur ?	14
Section 2 : Évolutions envisageables quant au statut des plateformes de streaming	30
Chapitre 2 : La valeur du lien hypertexte	40
Section 1 : Le lien comme acte de contrefaçon par représentation	43
Section 2 : Le lien hypertexte comme acte de communication au public	46
Section 3 : La qualification de “manifestement illicite” pour un lien hypertexte	55
PARTIE 2 : Application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux plateformes	59
Chapitre 1 : Le site internet et le logiciel	61
Section 1 : L’application de l’article L335-2-1 du CPI au logiciel	61
Section 2 : L’application de l’article L335-2-1 du CPI au site internet	65
Chapitre 2 : Validité de la disposition vis-à-vis de la Directive de 1998 ?	70
Section 1 : Les conditions de l’obligation de notification	71
Section 2 : La Directive et l’article L335-2-1	72
Section 3 : Les effets de l’absence de notification	75
Conclusions	77
Bibliographie	80
Table des matières	87

« J'ai bien conscience que la technologie évolue. Si la technologie nous permet une nouvelle évolution, on adaptera la législation. »¹

Introduction

1. Depuis maintenant une dizaine d'années, et la démocratisation d'Internet au sein des foyers français, cette technologie nous apparaît comme révolutionnaire, et révolutionnaire elle est véritablement.

Internet a, depuis sa création, su évoluer et influencer, voire changer de façon radicale, nos activités quotidiennes. Alors que le réseau était au départ prévu uniquement pour un usage militaire, il s'est rapidement développé au sein des universités pour enfin s'immiscer dans nos foyers, sur nos smartphones, dans nos montres connectés, et demain dans nos voitures autonomes². Aujourd'hui, tout le monde a un accès à Internet chez soi, et c'est cette démocratisation du réseau et des usages qui a conduit à son utilisation pour des tâches de plus en plus variées. Le réseau est aujourd'hui utilisé pour des activités allant de la commande de biens en ligne, à la prise de rendez-vous chez un médecin, en passant par la réservation d'un Uber et le partage de ses dernières photos de vacances sur les réseaux sociaux à la mode. Pour mesurer l'importance de l'impact de ce réseau sur nos vies, il suffit de relever que le rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion considère l'accès à l'information par Internet comme essentiel dans une société démocratique³.

2. Avec cette démocratisation des usages, sont également apparus des comportements répréhensibles moralement mais aussi pénalement. Internet est en effet apparu comme un espace de libertés dès ses débuts et le reste pour certains aujourd'hui⁴, entraînant l'apparition de différentes infractions sur le réseau. En effet, du fait de son aspect international et surtout de la facilité pour les utilisateurs d'apparaître de façon anonyme sur le réseau, les sites internet sont apparus comme le terrain de prédilection pour la commission d'infractions. Ces infractions allant de la vente d'armes ou de numéros de

¹ Propos extraits du discours de l'ancien président de la République, Nicolas Sarkozy, le 18 novembre 2011 à Avignon, lors du Forum de la Création à l'ère du Numérique

² Pour un historique rapide du développement et de l'évolution d'Internet.

<http://www.internetsociety.org/fr/internet/qu%E2%80%99est-ce-que-l%E2%80%99internet/histoire-de-l%E2%80%99internet/un-bref-historique-de-linternet>

³ Rapport du 10 août 2011 établi par le rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression (point 87).

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A.66.290.pdf>

⁴ Voir notamment le site internet de la Quadrature du Net, association française militant pour la protection des libertés sur Internet.

<https://www.laquadrature.net/fr>

cartes bancaires sur le Darknet ou bien le Deep-web⁵, à la vente et diffusion de contenus à caractère pédo-pornographique, en passant bien évidemment par la mise à disposition de contenus contrevenants aux droits d'auteur. C'est sur ce dernier type de contenus que nous allons nous pencher dans le cadre de cette étude.

Pour mesurer l'importance de ces infractions, il suffit de consulter les données connues en la matière. Ainsi en 2015, tout moyen confondu, le téléchargement ou le visionnage de contenus mis en ligne de façon illicite a généré plus de 140 milliards de visites dans le monde⁶. Ce chiffre ne cesse d'augmenter d'année en année, et il apparaît que les différentes offres légales mises en place par les pays ne permettent pas de lutter efficacement contre ce fléau pour le droit d'auteur ; il est donc nécessaire d'envisager le volet répressif de cette lutte et de l'adapter au mieux aux nouveaux comportements qui se présentent en ligne.

3. Le développement d'Internet, mais au-delà de ça, le déploiement toujours plus rapide de cette technologie, par les Fournisseurs d'Accès à Internet, ont permis aux Internautes d'accéder à des contenus soumis aux droits d'auteur plus aisément au fil des ans.

Cet accès a également été facilité par la création de nouvelles technologies de transfert des données. Alors que le téléchargement d'un fichier vidéo de 700 mo, équivalent d'un RIP de DVD, dans les années 2000, via la technologie dites de Peer-to-Peer (P2P) nécessitait une journée au minimum, il faut aujourd'hui une quinzaine de minutes pour accéder à un fichier vidéo de 8 gigas, soit l'équivalent d'un RIP de BluRay.

4. Les comportements des usagers quant aux consultations d'oeuvres soumises aux droits d'auteur ont également changés. Alors que le téléchargement était un temps privilégié, le streaming de l'oeuvre apparaît aujourd'hui le plus pratiqué par les internautes. Ce changement s'explique ici aussi, par le déploiement de réseaux toujours plus rapides par les FAIs, permettant d'accéder à l'oeuvre de façon immédiate, mais également par les différentes actions menées par les autorités à l'égard des autres modes d'accès⁷.

⁵ Article de vulgarisation sur le deep web et les différents biens que l'on peut y acquérir.

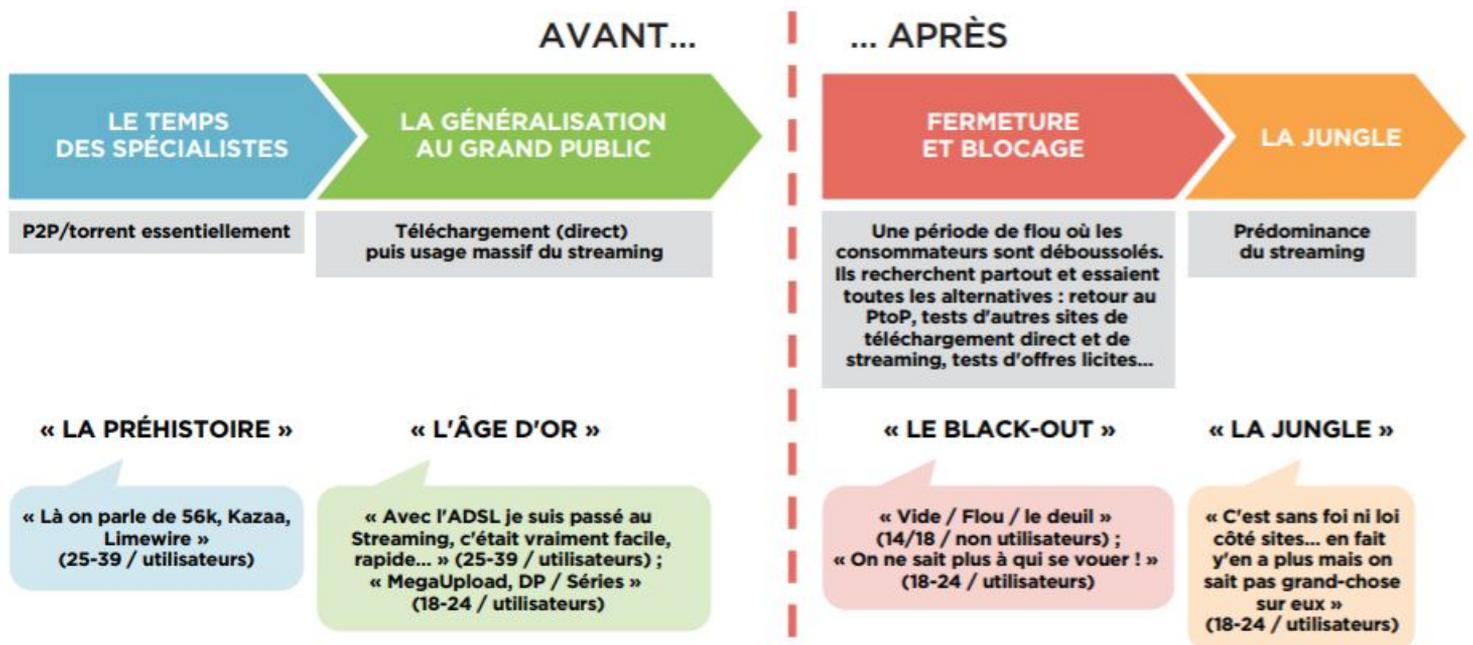
<http://ecs-digital.com/culture/deep-web-la-face-cachee-dinternet-ou-comment-recevoir-un-kilo-de-cocaine-par-la-poste/>

⁶ Données issues de l'article « Les pirates délaissent les sites de torrent pour le Streaming et le DDL »

<http://nextwarez.com/baisse-torrent-ddl-streaming/>

⁷ Mise en place de la procédure de réponse graduée par l'HADOPI, visant à lutter contre les téléchargements de contenus illicites par peer-to-peer (ou de pair à pair en français) notamment.

<https://www.hadopi.fr/usages-responsables/nouvelles-libertes-nouvelles-responsabilites/reponse-graduee>



Infographie issue du rapport d'activité 2014-2015 de la Hadopi relative aux Évolution des usages de consommation illicite [page 37]⁸

5. Comme on peut le voir sur cette infographie, aujourd'hui les utilisateurs ont tendance à se tourner vers le streaming de contenus illicites pour visionner des films et des séries. Cette analyse est par ailleurs confirmée par le rapport de la société Muso, spécialiste dans l'analyse des usages de consommation illicite en ligne, qui relève que l'année 2015 a connu un passage important des téléchargements en P2P, à un visionnage en streaming⁹. La technologie du streaming¹⁰, comme toute technologie, n'est pas fondamentalement

⁸ Rapport consultable à l'adresse suivante :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000837.pdf>

⁹ Le rapport relève une augmentation du nombre de contrevenants, une baisse de l'utilisation de la technologie d'échange peer-to-peer, contrebalancée par une augmentation de la fréquentation des plateformes de streaming. Le rapport souligne également 28% des consultations de plateformes de streaming sont effectuées depuis un smartphone.

<https://www.muso.com/magazine/press-release/global-piracy-report/>

¹⁰ Dans le langage courant, le terme streaming peut être employé pour désigner la lecture en progressif et la lecture en continu, le point commun de ces deux technologies, en tant qu'expérience utilisateur, étant que le contenu peut être visionné de façon quasi instantanée. Par ailleurs, elles utilisent habituellement le protocole HTTP (protocole principal du Web). Même si l'expérience utilisateur de la lecture en progressif d'un média est similaire à celle de la lecture en continu (qui désigne cette fois le véritable streaming), les deux technologies diffèrent notamment par leur méthode de stockage du média. En effet, avec la lecture en progressif, une copie du fichier est stockée sur l'ordinateur client. Il s'agit généralement du répertoire temporaire, dont le contenu est habituellement effacé régulièrement par le système d'exploitation, mais il est possible de faire une copie pérenne du fichier. Dans le cadre du présent mémoire, le terme « streaming » est utilisé pour désigner la seule lecture en progressif, qui est la technique utilisée par les plateformes visées par le présent mémoire.

Définition issue du rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites rédigé par Mireille Imbert-Quaretta, Présidente de la Commission de Protection des Droits de l'Hadopi.

Rapport consultable à l'adresse suivante :

destinée au visionnage de contenus illicites. Elle consiste pour un internaute, à visionner sur l'instant un contenu dans son navigateur sans avoir à le télécharger sur son ordinateur.

Des sociétés telles que YouTube, Vimeo ou encore DailyMotion, spécialisées dans la mise à disposition au public de vidéos uploader par leurs utilisateurs, reposent sur cette technologie, tout comme les différents sites de chaînes de télévision permettant d'accéder à des services de télévision de rattrapage.

En parallèle des sites de streaming illicites, il existe également des services de streaming licites permettant, après paiement d'un abonnement, d'accéder à des contenus soumis aux droits d'auteur, de façon légale. Parmi ces plateformes, on citera notamment Netflix ou Canalplay qui sont à l'heure actuelle, les principaux acteurs du secteur¹¹.

6. Aujourd'hui, le fonctionnement du streaming -de contenus illicites- passe par l'utilisation de cyberlocker¹². Pour rappel, le célèbre et funeste site internet MegaUpload était l'un des cyberlockers les plus utilisés dans le monde lors de sa fermeture.

Ces sites permettent à un internaute de stocker/héberger un contenu de son choix en ligne, de façon gratuite ou en l'échange du paiement d'un abonnement. Certains de ces sites, sur le modèle de YouTube, permettent de visionner directement les fichiers uploadés dans le navigateur, sans passer par un téléchargement, c'est le streaming.

Certains utilisateurs détenant des fichiers vidéos contrefaisants utilisent ces services de casiers virtuels pour les mettre à disposition du public. Une fois la vidéo uploader -ou téléverser-, l'uploader récupère un lien public et le diffuse, afin de permettre aux internautes d'accéder à la vidéo.

7. Au vu de ces éléments, et pour reprendre les termes de l'Hadopi dans son infographie, l'internaute se retrouve face à « une jungle de liens », et c'est ici que les plateformes de streaming, telles qu'entendues dans ce mémoire, interviennent.

Ces sites ont pour vocation d'offrir aux différents uploaders, un espace, afin de soumettre les liens conduisant vers leurs vidéos. Ils permettent donc de rassembler l'ensemble des liens pour une même oeuvre sur une seule et même page, facilitant ainsi l'accès à celle-ci pour les internautes.

https://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_streaming_2013.pdf

¹¹ Pour des informations sur ces acteurs et leur développement en France voir

<http://www.ariase.com/fr/news/marche-video-s-accroche-svod-croissance-article-4123.html>

¹² Absence de définition officielle ou juridique du terme "Cyberlocker", il est donc nécessaire de se tourner vers une définition plus usuelle du terme.

Voir notamment https://fr.wikipedia.org/wiki/Site_d%27h%C3%A9bergement_de_fichiers

8. Pour se rendre compte de l'importance de ces plateformes à l'heure actuelle, il suffit de consulter les faits dans des affaires en lien avec le streaming. Ainsi dans l'affaire *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* de la CJUE¹³, selon les données fournies par les demanderessees, le site Internet kino.to, qui a enregistré par moments plus de 4 millions de visites, a offert plus de 130 000 œuvres filmographiques en «streaming» notamment ou au téléchargement, sans l'accord des titulaires des droits¹⁴.

Ces sites ont également des objectifs monétaires puisqu'ils tirent des revenus publicitaires à chaque nouvelle visite d'une page du site. Toujours dans la même affaire, les exploitants du site ont tiré annuellement de cette offre, des revenus publicitaires chiffrés en millions d'euros, avant la fermeture du site.

Afin de prendre conscience de l'étendue de ces plateformes, au début de l'année 2012, l'Hadopi a commissionné une étude réalisée par l'IDATE¹⁵. Cette étude a permis de déterminer que le marché total de la consommation illicite de services et sites de contenus en streaming et téléchargement direct était de l'ordre de 51 à 72,5 millions d'euros en France. Ces revenus étant principalement liés à la publicité et aux abonnements des utilisateurs le cas échéant. Les coûts étant essentiellement ceux afférents au fonctionnement d'un site Internet notamment les frais d'hébergement¹⁶.

9. Ces plateformes de streaming ont donc pour seule vocation d'héberger des liens soumis par des internautes, liens redirigeant pour la majorité d'entre eux vers des contenus illicites en application du Code de la propriété intellectuelle.

Se pose alors la question essentielle en Droit, de la qualification juridique de ces sites. En Droit français, la qualification des sites internet de ce type s'effectue en application de la LCEN¹⁷. Celle-ci crée, en accord avec la Directive sur le commerce électronique¹⁸, trois catégories de prestataires techniques, les hébergeurs de contenus, les fournisseurs de cache et les fournisseurs d'accès (qui ne seront pas envisagés dans ce mémoire).

¹³ Affaire C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH* du 27 mars 2014

<http://www.ipnews.be/wp-content/uploads/2014/03/20140327-CJUE-Affaire-UPC-Arr%C3%AAt.pdf>

¹⁴ Données issues des Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 26 novembre 2013

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CC0314&from=FR>

¹⁵ L'IDATE, est un think tank spécialisé dans l'économie numérique, les médias, l'internet et les télécommunications

¹⁶ Rapport « Étude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites » du 21 mars 2012

https://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_IDATE.pdf

¹⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

¹⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

Depuis l'entrée en vigueur de ce texte et même avant, avec son équivalent européen, de nombreux débats ont eu lieu notamment quant à la distinction entre les hébergeurs et les éditeurs de contenus. Cette distinction apparaît en effet comme primordiale, puisqu'en application de l'article L6-I-2 de la loi précitée, *“les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible”*.

Ce premier texte prévoit donc que, les hébergeurs sont soumis à un régime de responsabilité atténuée, et ne peuvent être poursuivis pour les données hébergées par leur soin, à la demande des utilisateurs que sous certaines conditions.

10. Il nous apparaît donc, nécessaire dans un premier temps de choisir le régime le plus adéquat pour les plateformes de streaming.

Par ailleurs, il est également nécessaire de se pencher sur la valeur d'un lien hypertexte, puisque dans le cas des plateformes de streaming, c'est le seul type de contenu qui est hébergé. Parfois, les plateformes mettent en place un système de framing, permettant d'accéder directement à la vidéo sans quitter le site, mais ce point sera abordé plus en détail par la suite.

La question est donc ici de savoir si un lien pointant vers une vidéo illicite doit être considéré comme un contenu illicite en application de la LCEN et de la Directive sur le commerce électronique. Cette question, qui peut paraître assez simple à résoudre, est aujourd'hui posée à la Cour de Justice de l'Union Européenne sous forme de question préjudicielle, dans l'affaire *GS Media v Sanoma*¹⁹, preuve de l'importance du sujet.

11. Au-delà de ces deux premiers éléments de réflexion, il nous apparaît également nécessaire d'envisager les dispositions pénales applicables -ou du moins appliquées- à ces sites. Pour des questions de bornages du mémoire, l'analyse ne portera que sur une

¹⁹ Demande de décision préjudicielle présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 7 avril 2015 - *GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV e.a.* (Affaire C-160/15)
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164772&doclang=FR>

disposition pénale issue du Code de la propriété intellectuelle, qui nous apparaît la plus problématique dans son application par les juridictions.

12. La loi du 1 août 2006²⁰, via son article 21, a introduit un article L335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Cet article prévoit qu'est « puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait :

1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés ;

2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1° ».

13. Les juridictions nationales tendent aujourd'hui à utiliser cet article pour condamner les plateformes de streaming, alors que l'article réserve expressément son application à des logiciels. Dans ce cadre, il s'agit donc de vérifier si, et sous quelles conditions, un site internet, tel que ceux qui nous intéressent ici, doit être considéré comme un logiciel en droit français.

14. Par ailleurs, une partie de la doctrine relève une absence de notification en application de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques²¹, il faudra donc revenir sur ce point et en vérifier la véracité.

15. Enfin, nous essaierons au fil de ce mémoire, d'apporter un éclairage européen, en confrontant l'application des textes avec celle des Pays membres de l'Union européenne, et en observant les solutions adoptées par ceux-ci concernant la lutte contre les plateformes de streaming.

16. On voit donc ici qu'il existe une dualité de régime et il ressort de certaines décisions de justice, une certaine absence de cohérence entre le régime des hébergeurs prévu par la LCEN et l'application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Afin de saisir

²⁰ Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

²¹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

toute la difficulté qu'entraîne les plateformes de streaming nous envisagerons dans un premier temps la qualification de ces plateformes(PARTIE 1) en analysant d'abord la qualification de la plateforme en tant que telle (Chapitre 1) puis la qualification des liens qu'elle contient (Chapitre 2).

Nous verrons ensuite l'application de l'article L335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle à ces plateformes (PARTIE 2) en analysant dans un premier temps le statut du site internet en droit français (Chapitre 1), puis le devoir de notification découlant de la Directive 98/34/CE (Chapitre 2).

PARTIE 1 : Qualification des plateformes de streaming

Comme nous l'avons indiqué en introduction, l'un des points les plus importants concernant ces plateformes de streaming, résulte de leur qualification juridique en application de la LCEN (Chapitre 1), de cette première qualification découlera un régime, et il faudra alors se concentrer sur le statut des liens hypertexte hébergés par la plateforme (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Recherche de qualification pour la plateforme en application de la LCEN

17. La question de la qualification en application de la LCEN et plus précisément du choix entre le statut d'hébergeur de contenus et celui d'éditeur de contenus divise aussi bien la doctrine que les différentes juridictions depuis l'entrée en vigueur de la LCEN, même si ces dernières années, certains éléments de distinction semblent se dégager.

Le but ici n'est pas de reprendre l'histoire de la LCEN ou les objectifs de celle-ci, cependant, il nous apparaît nécessaire de faire un petit rappel, avant d'entamer notre analyse. Comme indiqué en introduction les distinctions présentes dans la LCEN sont issues de la Directive sur le commerce électronique, elle-même inspirée par le droit américain relatif à la lutte contre les contenus en ligne violant les droits d'auteur. Le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998, dans son titre II crée un "safe harbor", une responsabilité limitée, pour les sites hébergeant des contenus illicites à la demande de leurs utilisateurs, lorsqu'ils ne tirent pas de profit direct de ces contenus, lorsqu'ils n'ont pas connaissance de la présence de ces documents sur leur site et enfin lorsqu'ils retirent les contenus illicites notifiés par les ayants droit²².

18. La Directive e-commerce a créé en 2000, trois nouvelles catégories de prestataires intermédiaires pouvant bénéficier d'un régime de responsabilité atténuée :

- Les fournisseurs de services de la société de l'information avec l'article 12
- Les fournisseurs de services dits de "catching" avec l'article 13
- Les fournisseurs de services d'hébergement avec l'article 14

Bien que la qualification de fournisseurs de services de la société de l'information puisse être applicable aux plateformes de streaming, celle-ci est totalement exclue en

²² Paragraphe 512, issu du DMCA, relatif à la responsabilité limitée applicable aux hébergeurs notamment. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>

pratique par les avocats en défense, elle ne sera donc pas abordée ici. En effet, la majorité des défendeurs évoquent l'article 14 de la Directive, et la qualification d'hébergeur pour tenter de limiter leur responsabilité et d'échapper aux poursuites.

19. L'article 14 de la Directive sur le commerce électronique, relatif à l'hébergement, reprend partiellement les éléments évoqués ci-dessus, puisqu'il prévoit que *“le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:*

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible”.

La Commission européenne a donc décidé d'exclure l'aspect financier lors de l'examen du site internet, tout comme la France avec son article 6-I-2 de la LCEN notamment.

Cependant, la Commission européenne lors de l'adoption de ce texte, a laissé une certaine marge aux états membres lors de la transposition, pour créer un statut spécifique aux plateformes hébergeant seulement des liens. Il sera donc utile d'étudier les différentes prises de position au sein de l'Union Européenne sur ce sujet.

20. Il n'existe pas de réelle définition de ce qu'est un hébergeur ou un éditeur, au sein de la Directive et de la LCEN, ce qui explique la difficulté que l'on rencontre lorsque l'on recherche la qualification d'un site donné.

Par ailleurs ces deux textes apparaissent aujourd'hui comme dépassés du fait de leur ancienneté, du développement de nouveaux usages et de l'apparition de nouveaux sites permettant de répondre à ces usages.

Pour rappel, la LCEN est entrée en vigueur en 2004, alors que les premières discussions relatives au Web 2.0 se faisaient jour²³. Aujourd'hui, on parle déjà de Web 3.0, avec le développement des objets connectés notamment. Il est donc évident que de nouveaux types de sites sont apparus depuis la création de ces textes.

²³ Terme employé pour la première fois par Dale Dougherty de la société O'Reilly Media en 2005, en vue de la préparation d'une conférence sur l'évolution des modèles d'affaires sur le web
Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'internet du CSPLA publié le 21 juin 2008

C'est notamment le cas des sites qui nous intéressent aujourd'hui, ils apparaissent ainsi comme assez originaux, et différent de ce qui est envisagé par les textes. Il sera donc nécessaire d'étudier les différentes possibilités offertes par les textes mais également les réponses apportées par les juridictions, afin de trouver la meilleure qualification pour ces plateformes.

21. Au vu de ces différentes informations nous aborderons dans un premier temps le principal statut prévu par ces textes et ses critères d'adoption, mis en exergue par les juridictions (Section 1) puis nous verrons les autres solutions pouvant être apportées (Section 2) en se basant sur les initiatives au niveau de l'Union Européenne, ainsi que les réflexions conduites au niveau national.

Section 1 : Hébergeur ou Éditeur ?

Ces plateformes de streaming se revendiquent bien souvent "hébergeur" dans leurs conditions d'utilisation ou via la mise en place d'un sigle DMCA ou d'un lien de contact permettant aux ayants droit de signaler la violation d'un de leurs droits.

Cependant, au-delà de cette prise de position de la part de ces acteurs, il est nécessaire de vérifier si ils présentent effectivement les conditions nécessaires pour obtenir ce statut.

22. Le point central de distinction entre les hébergeurs et les éditeurs, à l'heure actuelle, repose sur le rôle actif du site internet. En effet, les différentes juridiction s'entendent aujourd'hui à dire que pour garder le statut d'hébergeur, le site internet ne doit pas effectuer de contrôle *a priori* sur les différents contenus soumis par les internautes.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a dégagé plusieurs éléments de distinction entre les hébergeurs et les éditeurs dans sa décision du 23 mars 2010 Vuitton c. Google Adwords²⁴. Le site internet doit notamment répondre à la définition des activités décrites au sein de la Directive et plus précisément de l'article 14 (§2) et conserver un rôle passif/neutre par rapport aux contenus transmis par leurs services (§3). Du fait de l'aspect novateur des plateformes dont il est question, l'examen de la jurisprudence relative aux moteur de recherche, et aux agrégateurs de contenus peut également s'avérer utile (§4). Il sera également nécessaire de vérifier que les plateformes de streaming correspondent à la définition de service de communication au public en ligne.

²⁴ Affaire jointe C-236/08 à C-238/08 - CJUE, 23 mars 2010, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH
<http://juriscom.net/wp-content/documents/cjue20100323.pdf>

Paragraphe 1 : Concordance de l'activité de la plateforme avec les éléments de définition offerts par la Directive

Le statut d'hébergeur et le régime de responsabilité limitée ne sont attribuables qu'à un service de communication au public en ligne, lorsque celui-ci reste neutre quant aux contenus qu'il héberge à la demande de ses utilisateurs. Avant de se pencher sur l'analyse à proprement dit des plateformes de streaming, il est donc nécessaire de vérifier dans un premier temps que ces plateformes sont effectivement des services de communication au public par voie électronique. Pour cela nous rappellerons dans un premier temps, les différents type de services de communication existants, avant de rechercher à quel type, nos plateformes appartiennent (2).

1. Distinction des différents services de communication

Il existe à l'heure actuelle, trois types de service de communication :

- Les services de communication au public en ligne ;
- Les services de communication audiovisuelle ;
- Les services de communication au public par voie électronique

23. Ces trois types de services ne sont définis par aucun texte. La loi du 30 septembre 1986²⁵ relative à la liberté de communication induit néanmoins la méthodologie à mettre en place pour définir les services correspondants aux différents modes de communication.

En effet, selon l'alinéa 3 de l'article 1er de celle-ci, "*les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l'article 2*". Comme l'indique l'orthographe du terme « définie », l'article 2 n'envisage pas ce qu'est un service de communication audiovisuelle mais seulement la communication audiovisuelle.

Toutefois, en visant les services de communication audiovisuelle à l'article 1er tout en renvoyant à la définition de la communication audiovisuelle de l'article 2, le législateur couple le mode de communication au service y afférant et permet ainsi de dégager une définition du service de communication.

24. Dès lors si l'on procède par analogie, il est possible de "créer" une définition pour les deux services de communication restants.

Le service de communication au public en ligne sera, ainsi, défini comme un service permettant "*toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant*

²⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard)

pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur" en application de l'alinéa 4 de l'article 1-IV de la LCEN.

À cet égard, l'article 34 du Projet de loi pour une République numérique, actuellement en discussion devant les parlementaires, prévoit qu'on "*entend par fournisseur de services de communication au public en ligne toute personne assurant la mise à disposition de contenus, services ou applications relevant de la communication au public en ligne, au sens de l'article 1er de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Sont notamment considérées comme des fournisseurs de services de communication au public en ligne les personnes qui éditent un service de communication au public en ligne, mentionnées au deuxième alinéa du II de l'article 6 de la même loi, ou qui assurent le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature mentionnés au 2 du I du même article 6*".

25. Enfin le service de communication au public par voie électronique sera lui défini comme un service permettant "*toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée*" en application de l'alinéa 3 de l'article 1-IV de la LCEN.

26. Il faut par ailleurs noter que l'article 36 de loi du 5 mars 2009²⁶ est venu modifier la définition de communication audiovisuelle de la loi du 30 septembre 1986, ce texte ajoute qu'est également une communication audiovisuelle "*toute communication au public en ligne de services de médias audiovisuels à la demande*". L'article précise par ailleurs, qu'est "*considéré comme un service de médias audiovisuel à la demande tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlés par l'éditeur de ce service*".

Avec ce texte, le législateur intègre donc les services de médias audiovisuels à la demande, qui sont notamment la vidéo à la demande ou encore la catch-up TV dite « télévision de rattrapage ». Ces services sont par définition à la demande, ils s'affranchissent donc du critère de simultanéité et empiète ainsi notamment sur les service de communications au public en ligne.

²⁶ Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision

27. Maintenant que nous avons distingué les différents types de service de communication, il est nécessaire de vérifier si les plateformes de streaming appartiennent effectivement aux services de communication au public en ligne et peuvent prétendre au statut d'hébergeur et au régime de responsabilité limité tel que prévu par la LCEN et la Directive e-commerce.

2. Service de communication au public en ligne?

28. Après avoir défini les différents services de communication, il est désormais nécessaire de comparer le fonctionnement de nos plateformes de streaming avec ceux-ci afin de décider à quelle catégorie les affilier.

La LCEN dans sa rédaction prévoit cependant que les services de communication audiovisuels et les services de communication au public en ligne font tous deux parties d'un ensemble plus grand, les services de communication au public par voie électronique²⁷. Ainsi il est seulement nécessaire d'aborder ici le cas des services de communication audiovisuel (a), et celui des services de communication au public en ligne (b).

a. *Les services de communication audiovisuel*

29. Comme nous l'avons vu ci-dessus, en application de l'article 2 de la loi Létard du 30 septembre 1986, *“on entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la demande”*. Il apparaît donc que les services de communication audiovisuelle englobent à la fois les diffusions via des services de radio et de télévision.

30. Dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2009, venue transposer en droit interne la Directive 2010/13 «Services de médias audiovisuels»²⁸, la loi du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, définit comme services de médias audiovisuels à la demande les services audiovisuels qui comportent trois caractéristiques : permettre le visionnage de programme audiovisuel sur requête individuelle au moment

²⁷ À cet égard, voir J.HUET, et E.DREYER. Droit De La Communication Numérique. Paris: LGDJ Lextenso Éd.,2011 [page 92 et ss.]

²⁸ Directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»)

choisi par l'utilisateur ; disposer d'un catalogue de ces programmes composés par l'éditeur ; avoir pour activité principale, et à titre commercial, l'offre de contenus audiovisuels.

Sont donc exclus de la définition les sites de partage de vidéos créées par des utilisateurs privés, les sites d'hébergement de vidéo et les services permettant l'écoute différée d'une émission de radio.

31. Depuis 2009, la législation française confère au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) le pouvoir de réguler les services audiovisuels à la demande. Pour autant, les plateformes telles que YouTube et Dailymotion semblent exclues du champ d'application de la définition des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), précisée à l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986. L'article 2 précise effectivement que sont exclus les services "consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt".

En effet, comme le précise le CSA dans son rapport²⁹, ces plateformes sont exclues de la définition de SMAD dès lors qu'elles hébergent des contenus créés par des utilisateurs privés.

Ainsi, bien qu'en pratique, les mêmes contenus peuvent se retrouver à la fois sur les plateformes de streaming et sur les services d'offre légale de vidéos à la demande, ces dernières n'appartiennent pas à la catégorie des services de communication audiovisuelle, notamment puisque leur catalogue n'est pas issu des éditeurs directement, mais, est l'oeuvre de l'action des internautes.

b. Les services de communication au public en ligne

32. Comme nous avons pu le voir précédemment, le service de communication au public en ligne est défini comme un service permettant "*toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur*" en application de l'alinéa 4 de l'article 1-IV de la LCEN.

Ces services englobent donc la communication d'information sous format numérique, et à la demande de l'individu, à l'exception des correspondances privées. Il n'existe pas, à notre connaissance, de définition absolue de la correspondance en droit français, et la

²⁹ Rapport au Gouvernement sur l'application du décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)

<http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-autres-rapports/Rapport-au-Gouvernement-sur-l-appli-cation-du-decret-n-2010-1379-du-12-novembre-2010-relatif-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD>

jurisprudence cherche encore le meilleur moyen de l'adapter à la communication via un réseau électronique³⁰.

La question de la correspondance privée, n'est cependant pas vraiment vitale en l'espèce, puisque les publications sont disponibles à tous dans la plupart des cas. La seule hypothèse envisageable de correspondance privée, serait le cas d'une plateforme de streaming protégée par un mot de passe, ou accessible seulement par des internautes disposant de compte. Cependant, il n'existe pas de telles plateformes à l'heure actuelle, il n'est donc pas nécessaire d'envisager plus longuement ce cas.

33. Les plateformes de streaming correspondent ainsi parfaitement à la définition des services de communication au public en ligne, puisqu'elles ont pour rôle de transmettre aux internautes, sur demande de ceci, un contenu sous forme numérique. La transmission de ceux-ci, ici des liens hypertextes, se fait par le biais de la mise à disposition directement sur le site internet des plateformes. Cette transmission sera par essence seulement effectuée sur demande des internautes, puisqu'eux seuls décident de se rendre ou non sur le site internet.

34. En conclusion, les plateformes de streaming sont des services de communication au public en ligne en application de l'article I de la LCEN. Ce premier point étant établi, il est maintenant nécessaire de vérifier, si les plateformes correspondent à la définition de l'hébergeur donnée par la Directive et par la LCEN.

Paragraphe 2 : Application des caractéristiques dégagées par la LCEN

35. La Directive e-commerce prévoit à son article 14 que les *“États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire”*, le législateur européen, énonce également au considérant 18 de la Directive que les *“services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services”*.

Bien qu'important, ces deux éléments ne donnent pas de définition claire de ce qu'est un hébergeur, sinon que c'est celui qui stocke des informations fournies par un destinataire du

³⁰ Voir notamment les décisions de justice relatives à la qualification de propos injurieux tenus par des salariés sur Facebook
CCE. n° 7-8, Juillet 2013, comm. 81 “La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux” A. LEPAGE

service, il est donc nécessaire de se tourner vers la législation française pour obtenir des éléments de définition.

36. La LCEN dans son article 6-I-2 prévoit que les *“personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d’un destinataire de ces services”*.

L’hébergeur est donc le prestataire, personne physique ou morale, qui propose un service de stockage de fichiers sous forme de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature à ses utilisateurs. Par ailleurs, ce service doit avoir pour but la mise à disposition du public des fichiers hébergés et peut être effectué à titre gratuit.

37. Pour rappel, les plateformes de streaming ont pour fonction d’héberger des liens, soumis par des utilisateurs, dans le but de les mettre à disposition du public, et plus précisément des internautes visitant le site internet. Cette activité est effectuée à titre gratuit, par une personne physique, gestionnaire du site internet. Ces plateformes répondent donc parfaitement aux différents éléments de définition contenus dans l’article 6-I-2 de la LCEN, cependant, les juges européens sont venus ajouter une caractéristique fondamentale à la fonction d’hébergeur.

38. Il est donc désormais nécessaire de vérifier que les plateformes adoptent le comportement nécessaire à la qualification d’hébergeur, et plus particulièrement, si elles présentent le caractère de neutralité requis par les juges européens et repris par la Cour de cassation.

Paragraphe 3 : Le devoir de neutralité de l’hébergeur

39. Comme indiqué en introduction, à la suite de la publication de la Directive e-commerce et plus précisément de sa transposition avec la LCEN pour la France, les juridictions ont longuement hésité sur l’étendue de la qualification d’hébergeur, et les différents critères à remplir pour pouvoir y prétendre. La Cour de Justice de l’Union Européenne a partiellement résolu ce problème en introduisant le critère de la neutralité de la plateforme.

Nous verrons donc dans un premier temps, les fondements et les apports de cette décision, puis nous examinerons si les plateformes de streaming remplissent ce nouveau critère (2).

1. La décision de la CJUE du 23 mars 2010 et ses effets sur la qualification d'hébergeur

40. Trois décisions majeures doivent être abordées en matière de responsabilité des intermédiaires techniques et de qualification d'hébergeur. Comme indiqué plus haut, pendant un certain temps les juridictions nationales ont eu des difficultés à s'accorder sur les conditions d'application de la LCEN et du statut d'hébergeur.

41. Ainsi la Cour de Cassation dans un célèbre arrêt Tiscali³¹ du 14 janvier 2010, a confirmé l'arrêt d'appel, et a refusé d'appliquer le statut d'hébergeur à la société dans le cadre de son activité. Pour rappel Tiscali était à l'époque un fournisseur d'accès à l'Internet (depuis racheté par la société Free).

Dans le prix de l'abonnement à Internet, offert par la société, était compris la possibilité pour un abonné de disposer d'un espace web dans lequel il lui était permis de stocker des contenus en vue de leur mise en ligne. Ce service offert, devait cependant s'inscrire dans un cadre défini par la société Tiscali, l'utilisateur pour disposer de cet espace devait ainsi passer par une structure spécifique et accepter l'affichage de publicités éditées par Tiscali. En résumé, Tiscali fournissait le cadre et l'abonné Tiscali remplissait ce dernier.

Alors qu'en première instance, les juges avaient reconnu le statut d'hébergeur à la société Tiscali, la Cour d'appel suivie par la Cour de Cassation, ont retenu une approche économique et ont refusé d'appliquer ce statut.

Selon la Cour, parce que le critère économique et le critère de la fourniture du cadre sont réunis, il ne fait aucun doute que Tiscali est éditeur. Cette décision signifiait à l'époque un véritable retour en arrière puisque les critères économique et de fourniture de cadres avaient déjà été individuellement écartés par les juridictions. L'ensemble de la doctrine³² s'est ainsi entendu pour regretter cette prise de position de la part de la Cour de cassation.

42. À la suite de cette décision, la Cour de cassation a eu l'occasion de demander l'avis de la Cour de Justice de l'Union Européenne via des questions préjudicielles relatives entre autres, à l'article 14 de la Directive e-commerce du 8 juin 2000. Cet article étant celui qui traite de l'hébergement et qui crée le régime de responsabilité allégée qui lui est rattaché. La Cour de Justice de l'Union Européenne a ainsi précisé les critères relatifs au statut

³¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 janvier 2010, 06-18.855, Publié au bulletin <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021701170&fastReqId=617977367&fastPos=1>

³² Voir notamment «Cass civ 1, 14 janvier 2010 : l'hébergement 2.0. cassé ? pas encore !» L.THOUYRE. <http://juriscom.net/2010/01/cass-civ-1-14-janvier-2010-lhebergement-2-0-casse-pas-encore/>

d'hébergeur dans son arrêt du 23 mars 2010 concernant l'affaire Google France et Inc. c/Louis Vuitton.

À l'occasion de cette affaire, Vuitton, Viaticum et CNRRH soutenaient que le service de référencement de Google nommé « AdWords », n'était pas un service de la société de l'information tel que défini par la Directive 2000/31. Par conséquent celui-ci ne pouvait prétendre aux limitations de responsabilité découlant de ce statut.

Pour trancher ce débat, la juridiction de renvoi a donc demandé si l'article 14 de la Directive, définissant le régime de responsabilité des prestataires d'hébergement, permet de qualifier un service de référencement sur Internet de service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par l'annonceur de sorte que ces données fassent l'objet d'un « hébergement » au sens de cet article. Et par conséquent, si la responsabilité du prestataire du service de référencement pouvait être écartée, avant qu'il n'ait été informé du comportement illicite d'un annonceur³³.

Pour répondre à cette question, la Cour de Justice constate dans un premier temps qu'au vu des caractéristiques techniques du service de référencement de Google, que celui-ci réunit l'ensemble des éléments de la définition du «service de la société de l'information», laquelle englobe *“les services qui sont prestés à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage de données, à la demande individuelle d'un destinataire de services et, normalement, contre rémunération”*.

La Cour précise ensuite que pour obtenir le statut d'hébergeur, le prestataire doit être neutre dans son rôle, son comportement doit être purement technique, automatique et passif, et qu'il implique l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke. La cour déduit en effet du 42ème considérant de la Directive, que le rôle du prestataire doit être *“purement technique, automatique et passif”*, ce qui implique que ledit prestataire *“n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées”*. Il s'ensuit, selon la cour de justice, que l'article 14 de la Directive 2000/31 *“doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées”*.

Concernant la rémunération de Google, la cour relève, que *“la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la*

³³ Voir notamment R.HARDOUIN, "Du copulatif au passif ou comment la conjonction "et" ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur". RLDI 61 (2000)

directive 2000/31”. La cour règle donc ici, les incertitudes créées par l’arrêt Tiscali notamment quant à la mise en place de règles générales par l’hébergeur.

43. Avec cet arrêt, bien que la cour ne se prononce pas directement sur la qualification définitive d’hébergeur pour le service de référencement de Google, Adwords, elle précise que pour pouvoir prétendre à celui-ci, le prestataire doit rester passif quant aux contenus qu’il héberge. Depuis cet arrêt, ce critère apparaît comme déterminant dans l’étude des caractéristiques d’un site internet.

44. La Cour de cassation a eu l’occasion d’appliquer ce critère à plusieurs reprises, mais nous allons nous concentrer sur la première décision rendue dans ce sens.

La Cour dans son arrêt du 17 février 2011³⁴, a confirmé l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 6 mai 2009 en reconnaissant à Dailymotion la qualité d’hébergeur. Pour rendre cette décision, la Cour s’est notamment basée sur le critère de passivité/neutralité dégagé par les juges européens. La Cour considère que les opérations techniques effectuées par Dailymotion, telles le ré-encodage et le formatage ne permettent pas de conclure à son intervention sur le contenu ni le choix des vidéos en ligne. Selon les juges il s’agit simplement d’opérations *“purement techniques qui participent de l’essence du prestataire d’hébergement et qui n’induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne”*. De même, la fourniture d’une architecture dans le cadre de laquelle s’insèrent les contributions des internautes, ainsi que la mise à disposition d’outils de classification tels que des mots-clefs, n’influent pas sur le choix des contenus fournis par les internautes.

La Cour précise par ailleurs que *“l’exploitation du site par la commercialisation d’espaces publicitaires n’induit pas une capacité d’action du service sur les contenus mis en ligne”*, toujours dans la lignée de l’arrêt Adwords mais également de la décision de la Cour d’Appel du 13 octobre 2010³⁵, relative également au site internet Dailymotion³⁶.

45. Bien qu’une grande partie de la doctrine se soit réjouit de l’ensemble de ces décisions et plus particulièrement du choix de la Cour de Justice de l’Union Européenne, quant au

³⁴ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 février 2011, 09-67.896, Sté Nord-Ouest et a. c/ SA Dailymotion <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023607266>
Voir notamment A. DEBET "Affaire Dailymotion : Les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs." La Semaine Juridique Édition Générale 18 (2 Mai 2011): 520

³⁵ Cour d’appel de Paris Pôle 5, chambre 1 Arrêt du 13 octobre 2010 Roland Magdane et autres / DailyMotion
http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3001

³⁶ Pour un commentaire de l’arrêt voir «Dailymotion hébergeur et... bon Samaritain ?» RLDI 2011/67, n° 2190 p. 16, note R. Hardouin

critère de neutralité de la plateforme, certains auteurs regrettent celui-ci et plus particulièrement sa justification, via le considérant 42 de la Directive e-commerce. On retrouve ainsi une critique assez importante de cette décision dans le rapport sur l'articulation des directives 2000/31 "commerce électronique" et 2001/29 "société de l'information" établi par M. Pierre Sirinelli et publié par le CSPLA³⁷. Nous reviendrons sur les points développés dans ce rapport lors de l'examen des possibilités d'évolution (S2).

Maintenant que nous avons examiné la genèse de ce devoir de neutralité, il est nécessaire de rechercher celui-ci chez les plateformes de streaming.

2. Recherche du critère de neutralité chez les plateformes

46. On peut rapprocher les plateformes de streaming en cause ici, des sites de référencement. Ce genre de sites, n'est pas nouveau, il est même l'un des piliers de l'Internet, tel qu'il fut à sa création, avec notamment les annuaires de liens.

Le web, du moins dans sa version 1.0, n'était qu'un amoncellement de liens hypertextes, menant d'une page à une autre. Les annuaires de liens sont donc apparus afin de centraliser l'ensemble de ces liens et de les catégoriser.

Selon le forum de l'Internet les annuaires référencent les sites « manuellement » (ex. l'annuaire de Yahoo! ou celui de Voilà) : ils ne s'intéressent qu'à une partie du contenu présent sur l'internet. Il s'agit d'une technologie rudimentaire sur le plan du volume. Les sites référencés passent notamment par des systèmes de déclaration volontaire. On assiste alors à une complicité objective entre l'annuaire et celui qui a un document à référencer³⁸. À cet égard, le CSPLA reconnaît également la qualification de "moteurs spécialisés", correspondants à des dispositifs hybrides, mixant les caractéristiques des annuaires et des moteurs de recherche. Ces derniers sont spécialisés soit dans un type de contenu donné (par exemple les images, les vidéos), soit dans une catégorie de biens.

47. Les plateformes de streaming sont donc en quelque sorte des annuaires ou moteurs spécialisés dans le référencement de liens pointant vers des contenus illicites. Les plateformes, largement communautaires et amateurs dans le cas du téléchargement direct, ont dans le cas du streaming amélioré la qualité de leur référencement et introduit

³⁷ Rapport de la Mission du CSPLA sur l'articulation des directives 2000/31 "commerce électronique" et 2001/29 "société de l'information" en date du 14 décembre 2015.

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-l-articulation-des-directives-2000-31-et-2001-29>

³⁸ Propos issus de : RECOMMANDATION HYPERLIENS : STATUT JURIDIQUE - Le Forum des droits sur l'internet Rendue publique le 3 mars 2003 [Page 8]

<http://www.infotheque.info/cache/8417/www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-hyli-20030303.pdf>

massivement le recours à la publicité. Le rapport de l'IDATE³⁹ relève qu'il existe à l'heure actuelle trois types de plateformes de streaming :

- Des services de référencement généralistes qui référencent des contenus de natures différentes réunis dans des rubriques correspondantes (films, séries TV, documentaires, mangas) ;
- Des services de référencement spécialisés dans un type de contenus (films, séries ou mangas uniquement) ;
- Des services de référencement consacrés à une seule série. Il s'agit principalement dans ce cas de sites ou de blogs édités par des fans.

48. Les plateformes de streaming étudiées, reposent principalement sur la collaboration des internautes, puisque ce sont ces derniers qui soumettent dans un premier temps les liens pointant vers des contenus. Cette soumission nécessite le plus souvent, la création d'un compte personnel, et le suivi d'une certaine procédure, permettant au mieux d'organiser les liens par la suite.

En effet à la différence de la « jungle de liens » décrite par l'Hadopi dans son rapport, ces sites apparaissent assez organisés. Ainsi des catégories et sous-catégories sont créées afin de représenter au mieux les différentes séries et leurs saisons et épisodes respectifs, ou dans le cas de plateformes spécialisées dans les films, les différents genres. Une catégorisation en fonction de la qualité ou de la popularité du contenu est également souvent disponible.

49. À côté de ces différentes catégories, les plateformes de streaming mettent également en place des moteurs de recherche internes permettant de retrouver facilement un contenu donné parmi l'intégralité du catalogue. Dans le même esprit, certaines plateformes permettent la création d'un compte personnel offrant ainsi aux utilisateurs la possibilité de sauvegarder leur progression dans le « visionnage » d'une série par exemple. On retrouve ce type d'options sur les plateformes légales telles que Netflix ou CanalPlay mais aussi chez des hébergeurs de vidéos tels que Youtube, qui permettent de garder un historique de l'ensemble des vidéos consultées depuis un compte.

L'ensemble des liens publiés par les internautes, n'est soumis pour la plupart des plateformes à aucun contrôle que ce soit *a priori*, au moment de la soumission, ou *a posteriori*, une fois le lien disponible sur la plateforme pour le public. La qualité des

³⁹ Rapport « Étude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites » du 21 mars 2012
https://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_IDATE.pdf

contenus est, le plus souvent, directement contrôlée par les internautes qui disposent d'une possibilité de déclarer un "lien mort" par exemple, ou un lien pointant vers un contenu différent de la description.

Enfin comme indiqué, plus tôt, l'ensemble de ces sites mettent à la disposition des ayants droit une procédure permettant de demander le retrait d'un contenu jugé comme illicite par ceux-ci.

50. Au vu de ces éléments, on se rend bien compte de la difficulté de caractériser ou non le devoir de neutralité de la plateforme.

Si l'on applique la décision de la Cour de cassation du 17 février 2011, le fait que la plateforme impose un cadre lors de la publication et qu'elle classe les contenus ne pose pas de véritable problème. En effet, la plateforme de vidéo Dailymotion, tout comme le lecteur de Google, Youtube, ont tout deux reçu la qualité d'hébergeur, alors qu'ils opèrent une classification du contenu. Youtube, classe par exemple les contenus qu'il héberge par catégories (Musique, Sport, Jeux vidéo et autres, Films, Émissions télévisées, Actualités, En direct, Vidéo à 360 degrés) permettant ainsi une navigation plus facile. Le site permet également d'effectuer une recherche en fonction de la qualité du contenu ou de sa durée, il est donc clair que ces éléments ne doivent pas entrer dans la neutralité recherchée.

De la même façon, la mise en place de publicité sur le site internet, ou directement dans le lecteur vidéo (bien que cela soit rarement le cas pour les plateformes de streaming), ne doit pas être prise en compte lors de la recherche du critère de neutralité.

51. En conclusion, il apparaît que les plateformes de streaming en agissant comme elle le font à l'heure actuelle, c'est à dire en déléguant le contrôle de la qualité des liens aux internautes, peuvent être considérées comme neutre/passive et donc se comporter comme des hébergeurs ; ce qu'elles font déjà en mettant en place une section DMCA ou en permettant aux ayants droit de demander un retrait.

52. Par ailleurs, même si cette qualification paraît au final assez aisée, certaines juridictions refusent encore d'appliquer ce statut aux plateformes de streaming.

C'est notamment le cas dans l'affaire mettant en cause le site internet Rojadirecta. Ce site internet espagnol diffère quelque peu, des plateformes de streaming que nous avons eu l'occasion d'évoquer, puisqu'ici il n'était question que de liens hypertextes pointant vers des diffusions en direct d'événements sportifs avec en première ligne, des matchs de football.

Dans cette affaire⁴⁰, le Tribunal refuse la qualification d'hébergeur pour le site espagnol et considère plus spécialement que *“si techniquement <rojadirecta> se présente sous l'apparence d'un hébergeur, au delà de cet aspect technique, dont relève accessoirement son “forum”, elle organise en fait sciemment, intentionnellement et à titre principal une sélection, un choix éditorial sur un thème précis, à savoir des compétitions sportives d'actualité dans des domaines ciblés mis à jour en permanence, avec un agenda horaire et un moteur de recherche adéquat, permettant à tout public d'accéder facilement et gratuitement à des contenus protégés réservés à un public restreint d'abonnés, à savoir des compétitions de la ligue en cours, en direct et en intégralité”*⁴¹.

Il apparaît donc au travers de cette affaire, que le fait que les liens ne concernent qu'un seul secteur, ici le secteur sportif, octroie à la plateforme un rôle actif dans l'édition du site. Partant, les plateformes de streaming telles que celles qui nous intéressent, permettent la publication de liens pointant vers des contenus donnés, à savoir les films, séries et mangas, et devraient donc être exclues de la catégories des hébergeurs.

53. Cette décision présente cependant certaines limites, puisque rendue en première instance seulement, et surtout, puisque basée sur aucun élément probant. Le Tribunal retient notamment la présence d'un moteur de recherche, moteur présent sur la quasi-totalité des sites hébergeant des vidéos. Par ailleurs, l'aspect sectorisé des contenus, nous apparaît comme inutile, puisque la plateforme ne pratique pas de contrôle effectif sur les contenus, tout au plus elle émet une préférence quant à celui-ci ; les utilisateurs restants à tout moment libre de soumettre le contenu de leur choix.

Par ailleurs, si l'on retient la position du Tribunal, des plateformes telles que Twitch.tv, spécialisées dans le live et le replay de sessions de jeux-vidéos devraient être considérées comme des éditeurs de contenus, alors qu'au fond, ils ne contrôlent à aucun moment le contenu publiés. Enfin, le cas des sites spécialisés dans l'hébergement de vidéos à contenu pornographique devraient également être considérées comme des éditeurs, alors qu'elles ne contrôlent pas les contenus mis en ligne par leurs utilisateurs⁴².

⁴⁰ TGI Paris, 5ème ch., 2ème sect., 19 mars 2015, La Ligue de Football Professionnel (LFP) c./ Puerto 80 Projects, S.L.U

http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4531

⁴¹ Pour un commentaire plus complet du jugement voir «Victoire de la Ligue de football contre le streaming illégal» RLDI 2015/114, n°2611 et G.LOISEAU, "Recherche statut d'hébergeur désespérément." Communication Commerce électronique 5 (Mai 2015)

⁴² À cet égard voir l'article «Thousands of People Have Watched Leaked Fallout 4 Footage On Pornhub»

<http://kotaku.com/thousands-of-people-have-watched-leaked-fallout-4-foota-1723429196>

concernant la publication d'une vidéo montrant un passage d'un jeu vidéo sur le site internet Pornhub, et son retrait, deux jours après. La vidéo a par ailleurs, été vue 200 000 fois durant ce délai.

54. Au vu de ces éléments, la position tenue par le Tribunal dans cette affaire nous paraît assez dure et nous regrettons l'absence d'appel de la part du site internet espagnol. Par ailleurs, il est utile de relever ici, que les juridictions espagnoles ont opté pour la qualification d'hébergeur pour le site Rojadirecta⁴³.

Afin d'être tout à fait complet dans notre analyse il est également nécessaire d'observer les décisions rendues dans le cadre de procédure concernant des moteurs de recherche, et des agrégateurs de contenus .

Paragraphe 4 : Rapprochement avec les décisions relatives au statut des moteurs de recherche et des agrégateurs de contenus.

55. Comme nous avons eu la possibilité de le voir précédemment, les plateformes de streaming ne peuvent facilement être qualifiées de sites hébergeant simplement des vidéos tels que Youtube, ou Dailymotion, puisqu'elles n'hébergent objectivement pas des vidéos, mais des liens pointant vers des vidéos.

56. Il est donc nécessaire de rapprocher ces plateformes d'autres acteurs du web 2.0, et d'analyser la qualification qui leur est applicable selon la jurisprudence nationale. Du fait de leur mode de fonctionnement, les plateformes de streaming peuvent être rapprochées des moteurs de recherche en ce qu'elles reposent tout comme eux, sur la base de liens hypertextes qu'elles vont héberger (1). Mais on peut également rapprocher nos plateformes, des sites dits "agrégateurs de contenus" qui consistent à répertorier des contenus publiés par les internautes, le plus souvent sous la forme de texte.

1. Le statut appliqué par les juridictions nationales aux moteurs de recherche

57. Les moteurs de recherche sont aujourd'hui indispensables à notre navigation sur Internet. Ils permettent aux internautes, via une interface des plus simples, puisque se résumant à une barre de recherche, de trouver en un clic, le contenu qu'ils recherchent. Ces moteurs de recherche sont présents aussi bien sur nos téléphones, que dans nos navigateurs (de façon directe ou bien via l'intermédiaire d'un site internet) et nous permettent d'effectuer des recherches en fonction de mots clés et de préférences telles que le type de contenu (textes, images, vidéos, actualités, lieux, etc.) ou de la date de mise en ligne de celui-ci⁴⁴.

⁴³ À cet égard voir l'article «SPORTS STREAMING / TORRENT LINKS SITE VICTORIOUS IN COURT» <https://torrentfreak.com/sports-streaming-torrent-links-site-victorious-in-court-100510/>

⁴⁴ Pour une étude approfondie sur le sujet voir «Panorama des régimes d'(ir)responsabilité applicables à Google» RLDI 2014/105 par F. LÉCOMTE et A. BÉGUÉ

Afin d'explorer la totalité des contenus et de les répertorier automatiquement, les moteurs de recherche "crawlent" Internet, afin d'aspirer des liens et de les présenter aux internautes⁴⁵. Cet aspect est souvent mis en avant pour refuser l'application de l'article 6-I-2 de la LCEN à ces sites⁴⁶. À la différence de ces sites internet, les plateformes de streaming, reposent dans la majorité des cas, sur l'action des utilisateurs et des uploaders qui proposent eux-mêmes les liens à répertorier, par conséquent l'application de la qualification n'est pas exclue. Il est cependant nécessaire de vérifier le comportement des juridictions à l'égard des sites basés sur la publication des utilisateurs.

2. Le statut appliqué par les juridictions nationales aux agrégateurs de contenus

58. Sur Internet, lorsque l'on pense à la collaboration des internautes pour la création d'une oeuvre commune on pense généralement à l'encyclopédie en ligne wikipédia, qui représente à l'heure actuelle la plus grande base de données collaborative jamais créée. Cette encyclopédie, est libre et peut être modifiée par n'importe quel internaute, il peut donc arriver que certaines personnes commettent des infractions notamment au droit de la presse sur ces plateformes. La question de la responsabilité de ces dernières pour le contenu hébergé a donc du être tranchée par les tribunaux.

Dans une affaire Marianne B. et autres c/ Wikimedia Foundation⁴⁷, la plateforme est reconnue par le Tribunal de grande instance de Paris en tant qu'hébergeur de contenu en ligne, en application de l'article 6-I-2 de la LCEN, puisque le site Internet n'exerce aucun contrôle sur les publications des internautes. Cette analyse est également applicable aux plateformes de streaming, puisque comme nous l'avons déjà indiqué, celles-ci ne contrôlent aucunement le contenu uploadés par les internautes.

59. Au vu de ses différents éléments, on se rend effectivement compte que la qualification des plateformes de streaming est complexe et relève grandement de l'interprétation des textes par les juridictions. Au-delà des difficultés d'interprétation, cette problématique entraîne également une absence de sécurité juridique, que ce soit pour les plateformes qui ne connaissent pas leur statut définitif ou pour les ayants droit qui ne connaissent pas leurs droits puisque ceux-ci dépendent de la qualification de la plateforme.

⁴⁵ Pour une étude complète du fonctionnement des moteurs de recherche voir le Rapport du CSPLA « Le référencement des œuvres sur Internet » [pages 7 et ss]

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Commissions-specialisees/Commission-du-CSPLA-relative-au-referencement-des-oeuvres-sur-Internet>

⁴⁶ Cour d'appel de Paris 15 mai 2002 AltaVista c/ Matelstom
<http://juriscom.net/wp-content/documents/caparis20020515.pdf>

⁴⁷ TGI de Paris Ordonnance de référé 29 octobre 2007 - Marianne B. et autres / Wikimedia Foundation
http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2071

Section 2 : Évolutions envisageables quant au statut des plateformes de streaming

60. Comme on a pu le voir dans la section précédente la question de la qualification n'est pas résolue, et dépend grandement de l'interprétation que l'on fait des termes de la LCEN et de la Directive e-commerce.

Au-delà de l'aspect juridique de ce débat, des enjeux économiques doivent également être pris en compte. Pour rappel la qualification d'hébergeur, exonère en partie le prestataire, lorsque celui-ci retire le contenu à la suite d'une notification de la part des ayants droit. Une telle réponse, ne permet pas de lutter efficacement contre ces plateformes, qui représente, à n'en pas douter, l'avenir de la consultation illicite de contenu en ligne. Il est donc commun de voir apparaître, une partie de la doctrine, qui propose une réforme de ce statut, notamment via la création d'une nouvelle qualification, mélange de l'hébergeur et de l'éditeur (§1), mais également d'observer à l'étranger la mise en place d'un système plus clair et mieux défini à l'égard des hébergeurs de liens hypertextes (§2).

Paragraphe 1 : Débats et propositions au niveau national

61. Parmi l'ensemble des propositions effectuées par la doctrine et les différents acteurs du secteur, trois ont retenu notre attention et seront donc analysées. Dans un premier temps la proposition du Conseil d'État visant à la création d'une nouvelle catégorie de prestataire intermédiaire (1), puis, la proposition du CSPLA encourageant à la modification de la la Directive 2001/29 afin de prévoir au mieux les contours de la qualification d'hébergeur, et d'éviter l'application de ce statut aux "faux-hébergeurs" (2), et enfin la proposition de la Quadrature du Net visant à une limitation du rôle des hébergeurs (3).

1. Création d'une nouvelle catégorie de prestataire intermédiaire

62. Le Conseil d'État en 2014, dans son étude "Le Numérique et les Droits Fondamentaux"⁴⁸ envisage la création d'un troisième acteur de l'Internet, entre l'hébergeur et l'éditeur. Le Conseil d'État relève dans un premier temps que des textes tels que la Directive e-commerce ou LCEN, n'ont pas été pensés pour une application au web 2.0, c'est à dire au web participatif ou contributif. Du fait de cette évolution des usages, les sites internet ont également dû modifier leur mode de fonctionnement en intégrant des outils de recherche et de sélection de contenus notamment. Internet étant une technologie faisant l'objet de

⁴⁸ Les rapports du Conseil d'État - Le numérique et les droits fondamentaux
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>

perpétuel développement, le Conseil d'État souligne que cet aspect actif des sites internet risque de s'accroître au fil du temps.

Selon le Conseil d'État, à terme *“tous les grands services d'intermédiation utilisés sur Internet pourraient perdre la qualification d'hébergeur et le régime de responsabilité civile et pénale qui en découle. La définition d'une nouvelle catégorie juridique est devenue nécessaire”*. Le Conseil d'État propose la création d'une nouvelle catégorie de prestataires intermédiaires au sens de la Directive e-commerce intitulée *“plateformes”*.

63. Cette nouvelle catégorie devrait couvrir selon le Conseil d'État l'ensemble des acteurs aujourd'hui considéré comme des plateformes : moteurs de recherche, réseaux sociaux, sites de partage de contenus (vidéos, musiques, photos, documents), places de marché, magasins d'application, agrégateurs de contenus ou encore comparateur de prix. Par ailleurs, du fait de l'utilisation de termes vagues, cette catégorie aurait également pour vocation de couvrir les acteurs futurs de l'Internet.

Selon cette étude à la différence des hébergeurs qui doivent conserver un rôle passif dans la publication, les plateformes peuvent avoir un côté actif notamment quant à la présentation des contenus ou à la mise en place d'un cadre spécifique lors de la publication. Pour rappel, à l'heure actuelle, les juridictions n'excluent plus la qualification d'hébergeur du simple fait, d'une intervention du prestataire que ce soit en amont de la publication via la mise en place d'un cadre technique ou en aval de celle-ci avec la catégorisation des contenus notamment.

Concernant enfin la différence avec les éditeurs de contenus, ces derniers ont un rôle actif quant au choix des contenus qui seront disponibles sur le site, alors que les plateformes n'exercent aucun filtrage au moment de la publication, et n'ont donc aucun rôle éditorial dans le processus d'upload.

64. Le Conseil d'État dans sa proposition prévoit sous le même modèle que pour les hébergeurs, que *“la responsabilité des plateformes ne devrait être engagée que si elles ont connaissance du caractère manifestement illicite des contenus”*. Le Conseil d'État envisage également un devoir de loyauté des plateformes.

Selon le Conseil d'État la loyauté *“consiste à assurer de bonne foi le service de classement ou de référencement, sans chercher à l'altérer ou à le détourner à des fins étrangères à l'intérêt des utilisateurs”*. Cette idée de loyauté des plateformes a notamment été reprise dans le Projet de loi pour une République numérique, actuellement débattu devant les

députés et sénateurs⁴⁹, et a suscité une vive réaction de la part de l'Association des Services Internet Communautaires⁵⁰.

65. Enfin le Conseil d'État envisage également avec sa proposition 28 la mise en place d'une obligation pour les hébergeurs et les plateformes d'empêcher, durant un délai déterminé, la réapparition des contenus ayant fait précédemment l'objet de retrait.

2. Réforme de la Directive 2001/29 afin de préciser la qualification d'hébergeur

66. Le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) sous la plume de son président Pierre Sirinelli a rendu le 3 novembre 2015 un rapport dans le cadre de la Mission d'articulation des directives 2000/31 et 2001/29. Cette mission avait pour objectif *“de proposer des modifications des dispositions actuelles du droit de l'Union européenne permettant une application effective des droits d'auteur et droits voisins dans l'environnement numérique, notamment sur les plateformes de diffusion de contenus protégés”*.

Ce rapport a conclu à la nécessité d'inclure une précision pour indiquer que le régime proposé par l'article 14 de la Directive e-commerce ne pouvait être appliqué à ceux que nombre de professionnels appellent les « faux hébergeurs ». Ces derniers sont les prestataires de services de la société de l'information dont le rôle ne se réduit pas à celui de simple prestataire technique au sens de cette Directive. Sont ici visées certaines des plateformes du Web 2.0 (notamment les sites contributifs ou communautaires), certains réseaux sociaux, ainsi que certains des services susceptibles d'être déployés par les moteurs de recherche. Les plateformes de streaming, considérées par beaucoup comme des plateformes communautaires, doivent donc être incluses parmi les « faux hébergeurs » et excluent du champ d'application de l'article 14 de la Directive.

67. Afin d'atteindre cet objectif, le président du CSPLA propose la modification de la Directive 2001/29 "société de l'information", le refus de créer une nouvelle législation ou du moins un nouvelle qualification s'expliquant d'après le Conseil par la difficulté et la complexité d'un tel ouvrage, mais également, car il ne s'agit pas ici d'élaborer une norme nouvelle, mais plutôt d'écarter *“les effets d'une jurisprudence n'ayant pas su correctement lire les textes préexistants”*.

⁴⁹ Voir les articles 22 et suivants du Projet de Loi pour une République numérique dans sa version du 3 mai 2015 <http://www.senat.fr/leg/tas15-131.html>

⁵⁰ Communiqué de presse de l'ASIC du 9 mai 2016 relatif à la loyauté des plateformes <http://www.lasic.fr/wp-content/uploads/2016/05/2016-05-09-CPASIC-LoiLemaire.pdf>

Le conseil propose ainsi l'ajout d'un nouveau considérant 16bis à la Directive prévoyant notamment que les *“prestataires de services de la société de l'information dont l'intervention consiste à donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à d'autres fins par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique. Il est indifférent à cet égard que les infrastructures ou fonctionnalités grâce auxquelles ces prestataires donnent au public un tel accès à des œuvres et/ou à des objets protégés revêtent un caractère automatisé, celui-ci n'excluant pas la mise en œuvre des droits protégés par la présente directive”*.

68. Le rapport envisage également la création d'un article 9bis relatif à l'articulation des directives 2000/31 et 2001/29, prévoyant que sans *“préjudice des articles 12 et 13 de la directive sur le commerce électronique, les prestataires de services de la société de l'information qui donnent au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés, y compris au moyen d'outils automatisés, ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à l'article 14 de ladite directive. Parce qu'ils mettent en œuvre, seuls ou avec la participation des utilisateurs de leurs services, les droits visés aux articles 2 et 3, ces prestataires sont tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés. Cette autorisation couvre les actes accomplis par les utilisateurs de ces services lorsqu'ils transmettent audits prestataires les œuvres et/ou objets protégés afin d'en permettre l'accès visé au premier alinéa, dès lors que ces utilisateurs n'agissent pas à titre professionnel”*.

3. L'hébergeur, simple relais entre uploader et ayant droit

69. À côté de ces deux premiers avis, l'association de défense des droits et libertés des citoyens sur Internet, la Quadrature du Net, a publié sur son site, une proposition relative aux hébergeurs au sens de la LCEN⁵¹. À la différence des propositions précédemment citées, qui ont tendance à réaffirmer les devoirs des hébergeurs, ou à en créer des nouveaux, la Quadrature du Net, propose au contraire un retour aux bases de la Directive e-commerce et de la LCEN afin de garantir la liberté d'expression sur Internet, et éviter de transformer les hébergeurs en juges.

70. L'association relève dans un premier temps la dérive de la notion de *“manifestation illicite”*. D'après celle-ci, l'application de l'article 6-I-7 et du régime de notice-and-takedown institué par cette disposition, elle-même issue de la Directive

⁵¹ Article Censorship and Freedom of Expression publié le 18 mai 2016
<https://www.laquadrature.net/fr/node/9919>

européenne e-commerce, a abouti à une situation contre laquelle le Conseil constitutionnel avait mis en garde⁵².

Pour rappel, Le Conseil expliquait dans les commentaires sur sa décision relative à la LCEN, que les hébergeurs ne devaient pas être contraints à se prononcer sur la licéité des contenus en ligne, du fait que “la caractérisation d’un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste”.

Cette réserve d’interprétation avait pour objectif d’éviter les dérives⁵³ en laissant la décision de licéité d’un contenu ou non, aux juridictions, et de permettre l’intervention des hébergeurs seulement dans les cas où les contenus étaient “manifestement illicite” afin de garantir un retrait rapide.

Cette notion de “manifestation illicite” a cependant fait l’objet d’une extension jurisprudentielle à de nouvelles catégories de contenus, avec notamment les infractions aux droits d’auteur, la vidant de sa portée protectrice de la liberté de communication. Du fait de cette extension de la portée du terme “manifestement illicite”, les hébergeurs se retrouvent aujourd’hui face à une insécurité juridique, les juges allant même jusqu’à condamner des hébergeurs pour ne pas avoir retiré un contenu dont l’illicéité était seulement “vraisemblable”⁵⁴.

71. Toujours dans l’optique de limiter le pouvoir des hébergeurs, l’association propose de redonner le pouvoir à l’autorité judiciaire, et de considérer l’hébergeur comme un simple relais entre la personne qui se plaint d’un contenu qu’elle estime illicite et la personne qui l’a mis en ligne. L’association recommande à cet égard le passage à une procédure dites de notice and notice.

Ainsi, en application de cette nouvelle procédure, une fois le contenu litigieux signalé, l’hébergeur contacte l’uploader et lui demande de retirer le contenu. Passé un délai déterminé, si l’uploader n’a pas retiré le contenu, ou pris contact avec l’hébergeur afin de justifier la licéité du contenu, alors celui-ci est retiré automatiquement par l’hébergeur. Dans les cas où l’uploader juge que son contenu n’est pas illicite l’affaire est renvoyée devant un tribunal.

⁵² Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin-2004.901.html>

⁵³ Article relatif à des demandes de retrait reçues par divers hébergeurs américains concernant contenus légitimes

<https://torrentfreak.com/anti-piracy-group-wants-to-take-down-the-internet-160604/>

⁵⁴ TGI Paris, 15 avril 2008, Jean-Yves Lafesse c/ Dailymotion

<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1057>

72. Enfin concernant les signalements de contenus correspondant à des catégories d'infractions très graves (qui devront être précisées dans la loi) et pouvant justifier une mesure préventive (pédo-pornographie par exemple), l'hébergeur devra adopter une mesure de suspension de l'accès au contenu dès qu'il prend connaissance du signalement, le temps que le litige soit tranché (soit à l'amiable, soit par le biais d'une procédure judiciaire).

73. Il est évident que la majorité de ces recommandations sont destinées à protéger les hébergeurs de vidéos licites (YouTube et DailyMotion par exemple), et ne contribuent pas directement à la lutte contre le streaming. Cependant, on peut également envisagé une dernière règle selon laquelle, si, en cas de signalement d'un lien, la plateforme ne répond pas dans un délai donné et ne s'exécute pas, elle perd automatiquement son statut d'hébergeur, de façon définitive. Mais également, la possibilité d'écarter le régime de responsabilité allégée, dans les cas où la majorité des contenus hébergés sont notifiés par les ayants droit, puis qualifiés, par un tribunal, de contenus illicites. En application d'une telle règle, il serait plus aisé de condamner les plateformes spécialisées uniquement dans l'hébergement de contenus illicites.

74. Au-delà de ces premiers éléments de réponse, il peut également être intéressant de se tourner vers les autres États membres de l'Union Européenne afin d'observer leur comportement vis-à-vis de ces plateformes de streaming et plus généralement des hébergeurs de liens (§2).

Paragraphe 2 : Législations mises en place dans les autres pays membres

75. Comme on peut s'en douter, lorsqu'il est question d'Internet, le phénomène des plateformes de streaming n'est restreint au territoire national, et les autres États membres de l'Union doivent également trouver des moyens efficaces de lutte⁵⁵.

76. La Commission européenne, consciente de l'aspect évolutif d'Internet, a offert la possibilité pour les États membres d'étendre les qualifications nouvellement créées par la Directive e-commerce, lors sa transposition en droit national, à des acteurs du web non prévus initialement. Plusieurs pays ont profité de cette option en adaptant les règles contenues dans la Directive aux hébergeurs de liens.

⁵⁵ Pour le détail des différentes initiatives prises au niveau de l'Union Européenne voir le rapport « Study on the liability of internet intermediaries » du 12 Novembre 2007 http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf

D'autres États ont préférés utiliser la méthode dite de "follow the money" en s'attaquant directement aux ressources monétaires des plateformes, et plus précisément aux publicités qu'elles affichent sur leurs pages(2).

1. Création d'un statut spécifique lors de la transposition de la Directive

77. Plusieurs pays ont, lors de la transposition de la Directive e-commerce, opté pour la création d'une catégorie supplémentaire d'intermédiaires spécialisés dans l'hébergement de liens hypertextes. En agissant de la sorte, ces États membres ont su innover et percevoir les changements dans les comportements des internautes, et peuvent maintenant appliquer ce statut sans problème aux plateformes de streaming.

78. Le cas de l'Espagne est souvent évoqué à titre d'exemple puisque leur loi relative à ces nouveaux acteurs apparaît comme la plus aboutie avec la loi du 11 juillet 2002⁵⁶.

Le régime prévu par cette dernière est calqué sur celui applicable aux hébergeurs. Les articles 16.1 (b) (concernant les hébergeurs) et 17.1 (b) (concernant les moteurs de recherche et hyperliens) de la loi espagnole sur le commerce électronique, définissent l'étendue de la « connaissance effective » : il faut qu'un organe compétent ait (a) déclaré l'illicéité des données, (b) ordonné que l'accès à l'information soit bloqué ou que cette dernière soit retirée du réseau ou encore, (c) déclare la survenance d'un dommage. Il faut en outre que le prestataire intermédiaire soit informé de ladite décision. Cela signifie que la connaissance effective n'est reconnue que lorsqu'un organe judiciaire ou une autorité administrative compétente a ordonné le retrait d'une information ou a ordonné de rendre son accès impossible.

Plus précisément l'article 17 prévoit que l'hébergeur de liens ne pourra voir sa responsabilité engagée du fait des liens qu'il héberge et du contenu vers lequel ils pointent que si :

- Il avait connaissance du fait que l'activité ou l'information à laquelle les liens se référaient était illicite ou portait atteinte à la propriété ou aux droits d'un tiers susceptibles d'indemnisation ou
- Après notification de la part des ayants droit, il n'avait pas agi au meilleur de ses capacités pour supprimer le lien.

⁵⁶ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-2002.t2.html#a17

79. Ce mouvement d'application des dispositions de l'article 14 aux hébergeurs de liens hypertextes, a également été suivis par d'autres États membres comme l'Autriche, le Portugal, et le Liechtenstein.

En agissant ainsi, ces États ont réglé le problème de la qualification de ces sites, tout en garantissant une certaine sécurité juridique à ces nouveaux acteurs permettant de soutenir l'innovation en la matière. Pour rappel, les hébergeurs de liens, peuvent également être licites et utiles pour les internautes, on pensera notamment ici aux annuaires de liens hypertextes, permettant de rassembler un ensemble de liens ayant tous en commun un sujet donné. De façon plus générale, on pense également, aux moteurs de recherche qui représentent aujourd'hui la porte d'entrée sur Internet pour la majorité des internautes.

80. À côté de cette première initiative, l'Allemagne envisage une autre méthode notamment avec la "suspension" du régime de responsabilité limitée dès lors que certaines conditions sont remplies telles que:

- le site héberge une grande majorité de contenus illicites ;
- le site met en avant une utilisation illicite;
- le site met en avant l'anonymat pour les utilisateurs qui feraient usage de son service à des fins illicites;
- le site ne permet pas aux ayants droit de demander le retrait de contenus illicites.

81. Ce type d'initiative permettrait de cibler directement les plateformes spécialisées dans le partage de contenus illicites et de lutter plus efficacement contre celles-ci. La question du statut des liens est par ailleurs écartée ici, puisque la simple mise en avant de la plateforme pour une utilisation illicite est suffisante. Dans l'hypothèse des plateformes de streaming telles que définies en l'espèce, il apparaît évident que celles-ci ont pour fonction principale le partage de contenus illicites et serait directement visées par une telle législation.

82. Comme évoqué plus tôt, la majorité des plateformes fonctionnent sur un modèle gratuit, et dépendent donc de la publicité pour couvrir les frais de fonctionnement et la rémunération du personnel. Une partie des États membres a donc décidé de s'attaquer directement à cet aspect financier, afin de tarir les revenus de ces plateformes et de rendre leur développement impossible.

2. L'assèchement des ressources des plateformes par l'arrêt de la publicité

83. L'Allemagne en parallèle de son projet de limitation du régime de responsabilité allégée de l'hébergeur envisage également la lutte contre ces plateformes via l'approche "follow the money".

Dans cet optique, une alliance a été créée, en 2002, entre des ayants droit et des acteurs de la publicité en ligne sur le terrain de l'autorégulation. Cette alliance a établi un projet de "Kodex" afin de réglementer le dispositif et les critères permettant de déterminer les sites "structurellement contrefaisants", qui prévoit également un certain respect du contradictoire en permettant aux sites visés de discuter les allégations de contrefaçon.

84. En application de ce dispositif un site pourra être considéré comme structurellement contrefaisant: s'il met des contenus contrefaisants à disposition ou s'il facilite l'accès à de tels contenus. Pour identifier ces sites, plusieurs éléments sont pris en compte tels que le type de fichiers hébergés, et la quantité de contenus licites parmi le catalogue offert, les fonctionnalités du sites permettant la recherche par exemple ou encore l'incitation à l'upload de contenus illicites ou la rémunération des uploaders. Est également prise en compte, la réactivité du responsable du site internet à la suite d'une notification et si le responsable du site ne retire pas le contenu après une demande ou si son responsable n'est pas identifiable.

85. On retrouve également ce type de méthode au Royaume-Uni, où, un accord similaire a été conclu entre les ayants droit et des acteurs de la publicité en ligne, en vue de l'établissement d'une liste de services massivement contrefaisants (Infringing Website List). Une fois cette liste établie (elle est basée sur des critères confidentiels et reste secrète), la "Police Intellectual Property Crime Unit" (PIPCU) prend contact avec les sites et leur demande de cesser leur activité illicite.

À défaut de réponse ou en cas de refus, elle peut:

- soit donner le nom du service aux acteurs de la publicité en ligne pour assécher les revenus publicitaires du site en faisant cesser la diffusion de publicités sur ces sites. Dans certains cas, les publicités sont remplacées par des bannières pédagogiques à destination des internautes.
- soit demander au bureau d'enregistrement auprès duquel le nom de domaine du site a été enregistré de suspendre ce nom de domaine.

86. D'après un rapport utilisant une méthodologie strictement similaire pour chaque État, « A Profile of current and future audiovisual audience » publié par la Commission Européenne,

le Royaume Uni a le deuxième taux de téléchargement gratuit de films le plus faible d'Europe (49 %).

Il est donc évident que la lutte doit passer par la rémunération des plateformes et la collaboration des sociétés de publicités. À cet égard, la France et notamment sous l'impulsion de Mireille Imbert Quaretta, ancienne présidente de l'Hadopi, a envisagé cette méthode de lutte en collaboration avec les publicitaires.

87. Un plan de lutte contre le piratage des œuvres sur internet a ainsi été annoncé en conseil des ministres le 11 mars 2015, par Fleur Pellerin, ancienne ministre de la Culture et de la Communication, et Michel Sapin, Ministre des finances⁵⁷.

Le 23 mars 2015, l'ensemble des professionnels de la publicité, les annonceurs, ainsi que des ayants droits ont signé conjointement la charte des bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, affirmant ainsi leur attachement à la propriété intellectuelle et artistique.

Dans le cadre de ce plan de lutte, les deux ministères ont réuni le 10 septembre 2015 les acteurs du comité de suivi des bonnes pratiques dans les moyens de paiement en ligne. Cette action s'inscrit dans le cadre des mesures d'assèchement des ressources financières des sites spécialisés dans la contrefaçon d'œuvres en ligne. La création de ce comité de suivi des bonnes pratiques du paiement en ligne constitue le second pilier des mesures d'assèchement des ressources financières des sites dédiés à des activités illicites.

88. Comme on a pu le voir tout au long de ce premier chapitre la qualification des plateformes est complexe, mais les juridictions tendent aujourd'hui à qualifier, des sites équivalent en fonctionnalités, d'hébergeurs. Pour la suite de ce mémoire on retiendra donc cette qualification et le régime qui lui est applicable en fonction de la Directive de 2000 et de sa transposition en droit français avec la LCEN.

Une des conséquences de l'application de ce régime, est la possibilité pour les ayants droit d'exiger le retrait d'un contenu illicite hébergé par la plateforme. Cette prérogative offerte aux ayants droit ne pose pas de réel problème lorsque le contenu hébergé est une vidéo, cependant les hébergeurs qui nous intéressent ici, ne sont hébergeurs que de liens hypertextes. Afin de savoir si le retrait d'un de ces liens peut être exigé par les ayants droit il est d'abord nécessaire de qualifier le lien hypertexte.

⁵⁷ Communiqué de presse du 14 avril 2015 relatif à la création d'une charte visant à empêcher l'usage de moyens de paiement dématérialisés aux sites qui violent le droit d'auteur
<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Lutte-contre-le-piratage-des-œuvres-sur-internet-une-mission-conjointe-IGF-CNC-pour-empêcher-l-usage-des-moyens-de-paiement-en-ligne-sur-les-sites-Internet-violant-le-droit-d-auteur>

Chapitre 2 : La valeur du lien hypertexte

89. Le lien hypertexte est aujourd'hui la base d'Internet, puisqu'il se cache derrière chaque élément cliquable d'une page web, que ce soit un simple mot, un bouton redirigeant vers une autre section, ou encore une image. Comme souvent lorsqu'il est question de technologie, les autorités législatives ont tendance à mettre de côté en attendant qu'un cas se présente devant une juridiction et que celle-ci tente de trancher le problème en application d'un texte large. Il en est de même pour le statut du lien hypertexte, puisque celui-ci n'est défini explicitement par aucun texte que ce soit au niveau national ou européen.

La Cour de cassation saisie d'une question, transmise, pour avis, par la 17ème chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, a eu l'occasion de rechercher la définition la plus adéquate du lien hypertexte⁵⁸.

90. À cette occasion la Cour de cassation relève que, pour la Commission générale de terminologie et de néologie, le lien hypertexte est un *“système de renvois permettant de passer directement d'une partie d'un document à une autre, ou d'un document à d'autres documents choisis comme pertinents par l'auteur”*.

Selon le rapport, la Charte de l'internet, éditée par le Groupement des éditeurs de services en ligne (Geste), définit l'hyperlien comme un mécanisme de référence localisé dans un contenu, dit “source”, permettant d'accéder directement à un autre contenu, dit “cible”, quelle que soit sa localisation sur le web.

La Cour de cassation souligne enfin que le Forum des droits de l'internet, définit la technologie des liens hypertextes comme une *“connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication”*. Le lien *“est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non de l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée”*.

La Cour de cassation conclut en indiquant que l'on *“peut dire, plus prosaïquement, que l'hyperlien permet d'accéder à une autre partie de la page web consultée, une autre page du même site ou un autre site”*.

⁵⁸ Demande d'avis n° F 1470004 Séance 26 mai 2014 Tribunal de grande instance de Paris (17ème chambre correctionnelle) Rapporteur : Olivier Talabardon, conseiller référendaire
https://www.courdecassation.fr/IMG///rapport_Talabardon_avis1470004_26052014.pdf

91. Ces premiers éléments nous permettent de délimiter le cadre de ce qu'est un lien hypertexte, c'est donc un lien visible (sous la forme d'un bouton par exemple) ou invisible (sous la forme d'un mot cliquable au sein d'un texte), qui une fois activé par l'utilisateur, transférera celui-ci vers une nouvelle adresse sur Internet. Le créateur du lien aura par ailleurs, la possibilité de choisir le mode de transfert (ouverture d'une nouvelle fenêtre ou d'un nouvel onglet lors de l'activation ou bien transfert direct de l'internaute), ainsi que les conditions d'affichage du lien hypertexte (caractères différents du reste du texte par exemple).

92. Le Forum des Droits de l'Internet note dans ses recommandations sur le statut juridique des hyperliens que le *“lien hypertexte peut être entendu plus ou moins prosaïquement comme « un saut dans l'espace et dans le temps », une « accélération pour parcourir les distances », un « système de référencement qui permet une satisfaction immédiate de l'envie de connaître » ou encore « un raccourci technologique permettant d'accomplir plus facilement ce que tout le monde fait depuis que la notion d'information existe : parler à certaines personnes de ce que font d'autres personnes. »*

Parmi les définitions « techniques », on relève des acceptions restreintes : « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot » (Le Petit Robert) ou extensives : « connexion activable à la demande dans le Web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet » (L'Office de la Langue Française du Québec).”

93. Ces différentes définitions démontrent à quel point il est difficile de trouver un point d'entente entre les différents acteurs pour définir le lien hypertexte. Par ailleurs, il existe différents types de liens hypertextes, qu'il est nécessaire d'évoquer ici.

Il est dans un premier temps nécessaire de différencier les liens activés automatiquement et ceux qui ne le sont pas. La majorité des liens que l'on connaît sont des liens activables seulement du fait de l'internaute. Le transfert vers une nouvelle page ou l'action prévue par le lien, ne sera possible que si l'internaute décide de cliquer sur le lien hypertexte en question. À côté de ce premier type de liens, il existe des liens automatiquement activés. Ce type de liens, se déclenchera automatiquement lorsque l'internaute se rendra sur une page web. On pense ici notamment aux “pop-ups” qui peuvent s'ouvrir automatiquement lorsque l'on se rend sur une page ou encore aux vidéos publicitaires qui se déclenchent automatiquement. Il est également question ici, de la technologie du framing, qui consiste à afficher le contenu d'une page web dans une autre page web, c'est notamment le cas de

l'intégration d'une vidéo hébergée sur YouTube au sein d'une page personnelle. Dans ce dernier cas, l'internaute aura accès à un contenu hébergé sur un site distant, sans avoir à s'y rendre.

94. Le rapport note également que le terme « lien hypertexte » peut s'avérer trop étroit au regard du sens commun, puisque celui-ci ne concerne que les cas où il est question de contenu textuel. Pour couvrir les techniques de liaisons visant à afficher un élément graphique ou vidéo en guise de pointeur ou à lier automatiquement un élément multimédia, le rapport suggère le terme d' « hyperlien ».

Il est également nécessaire de distinguer les liens simples des liens profonds. Les premiers pointent vers l'un des points d'entrée d'un site internet, ce sera dans la plupart des cas la page d'accueil de ce dernier. Les liens profonds au contraire, pointent vers une sous-page du domaine, voire même dans certains cas directement vers un document hébergé sur le site. Dans ce dernier cas, l'internaute ne se rendra pas compte qu'il a quitté le site internet sur lequel il était avant de cliquer, de même, le propriétaire du site internet cible, ne pourra pas profiter des revenus générés par les publicités disposées sur ses pages internet.

95. De façon plus générale, le Forum exprimait, dans son rapport, la position de la liberté de lier dans le respect du droit des tiers. Il préconisait par exemple d'obtenir une autorisation notamment lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaires à l'occasion de l'établissement des liens, lorsque le liant utilise des liens profonds pointant directement vers un fichier, ou enfin lorsque le site liant utilise la technique du framing.

En outre, le Forum recommandait aux titulaires de sites d'afficher clairement la politique qu'ils entendent soutenir en matière d'hyperliens et, dans l'hypothèse où un site web signale avec précision, de façon explicite son refus de l'établissement de certains liens, le Forum conseillait de respecter la volonté de ne pas être référencé, sans toutefois préciser les fondements juridiques de cette acceptation⁵⁹. Pour autant, *“À notre connaissance, les juges ne se sont pas prononcés sur cette question, et la doctrine apparaît en majorité opposée à conférer une quelconque portée à de telles mentions précisées sur le site cible. Le non-respect des indications émanant du titulaire du site ne constituerait pas une faute [...]. Cette solution ne peut qu'être approuvée, car il est préférable de faire prévaloir les*

⁵⁹ À cet égard voir la politique du site copiefrance.fr
<http://www.copiefrance.fr/fr/ressources/mentions-legales>

“Toute création d'un lien hypertexte pointant vers le site www.copiefrance.fr doit faire l'objet d'une autorisation préalable”.

caractéristiques fondamentales de l'internet sur la volonté des titulaires de sites : ces derniers ne doivent pas pouvoir bloquer l'une des prérogatives naturelles de l'internet."⁶⁰

96. Maintenant, que nous avons délimité les contours de ce que l'on entend par "liens hypertextes" ou "hyperliens", il est nécessaire de se pencher sur les qualifications retenues par les juridictions concernant ces liens, en commençant par la contrefaçon. Par ailleurs, pour engager la responsabilité d'un hébergeur, il faut avant toute chose que le contenu qu'il héberge puisse être considéré comme une communication au public, il faudra donc rechercher si cette qualification peut être appliquée aux liens hypertextes (Section 2). Enfin nous aborderons le lien hypertexte comme contenu "manifestement illicite" (Section 3).

Section 1 : Le lien comme acte de contrefaçon par représentation

97. L'article L335-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que "*toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi*" est une contrefaçon.

98. Les plateformes de streaming, en mettant à disposition de leurs utilisateurs des liens pointant vers des oeuvres de l'esprit en violation des droits de l'auteur, ou plus précisément dans le cas du framing, en mettant à disposition directement sur leurs pages, ces oeuvres, peuvent être considérées comme coupables de contrefaçon par représentation. La Cour de cassation a défini les critères de cette possibilité dans un arrêt du 12 juillet 2012, Sté Google France et a. c/ Sté Bach⁶¹.

99. La Cour de cassation a rendu le 12 juillet 2012, un arrêt⁶² qui se prononce pour la première fois sur la question de savoir si la possibilité de visionner un film litigieux à partir des liens élaborés sur un site Internet représente ou non un acte de contrefaçon par représentation. Alors que pendant longtemps, les juridictions ont été clémentes à l'égard des liens hypertextes et du droit d'auteur, on assiste avec cet arrêt à un changement de position.

⁶⁰ A. MENDOZA-CAMINADE, "Les risques numériques à l'épreuve du droit : L'exemple du lien hypertexte". RLDI 39 (2008)

⁶¹ Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, n° 11-13.669, Sté Google France et a. c/ Sté Bach films et a. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/premiere_chambre_civile/568/831_12_23883.html

⁶² Pour un commentaire de cette décision voir « Google doit respecter les droits d'auteur » La Semaine Juridique Edition Générale n° 35, 27 Août 2012, 889

100. Dans cette affaire, la société Bac films, chargée de la distribution sur supports vidéographiques du film “L'affaire Clearstream”, a fait dresser, le 25 janvier 2007, par un agent assermenté de l'Agence pour la protection des programmes, le constat de la présence sur le site accessible à l'adresse www.video.google.fr de liens permettant aux internautes d'avoir accès gratuitement au film dans son intégralité, en streaming.

La société Bac films fait assigner le site Google en contrefaçon, aux fins d'obtenir réparation de leurs préjudices et des mesures d'interdiction et de publication. Le 14 janvier 2011, la Cour d'appel de Paris⁶³, tout en maintenant la société Google France dans la cause, juge qu'en offrant la possibilité aux internautes de visionner directement sur les pages du site Google Vidéo France la vidéo reproduisant ce film et mise en ligne sur des sites tiers, le moteur de recherche a commis des actes de contrefaçon des droits dont la société demanderesse est titulaire.

Les juges considéraient par ailleurs, que le site n'ayant pas accompli les diligences nécessaires afin de rendre la réapparition du film impossible, ne pouvait se prévaloir du statut d'hébergeur et du régime de responsabilité alléguée qui en découle selon la LCEN.

101. Avant d'étudier le principe dégagé par la Cour de cassation, il est nécessaire de se replacer dans le contexte de l'affaire. Les faits en cause, remontent à 2007, à cette époque, le web 2.0 en est encore à ses débuts et Google n'est pas un acteur incontournable comme il peut l'être aujourd'hui. Au moment des faits, les hébergeurs de vidéos sont nombreux, la plateforme YouTube vient d'être acquise par Google, et celui-ci souhaite se faire une place dans le monde des moteurs de recherche. Pour cela, le site internet, met en place une section dédiée à la recherche de vidéos sur son moteur, et, afin de maximiser le temps d'utilisation de celui-ci, propose aux internautes de consulter les résultats de recherche directement sur la page de résultats, via la technologie du framing.

À l'heure actuelle, cette technologie a été abandonnée par le moteur de recherche, puisque désormais, il n'offre plus qu'une vignette extraite de la vidéo, afin de permettre à l'utilisateur de connaître du contenu de la vidéo, sans avoir à cliquer, sans pour autant mettre à sa disposition la totalité de la vidéo.

102. Pour condamner le moteur de recherche, la Cour d'appel, confortée par la Cour de cassation, précise ici que le film avait été visionné “*sur le propre site Google Vidéo France*”. La fonctionnalité de visualisation conduisait à ce que Google Vidéo s'accapare « le contenu stocké sur des sites tiers ».

⁶³ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 14 janv. 2011, n° 09/11779

La Cour de cassation, va suivre, sur ce point, la position de la Cour d'appel de Paris en notant que *“l'arrêt relève que les sociétés Google offrent à l'internaute la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner le film sur leur propre site Google Vidéo France, pour en déduire que les sociétés Google mettent en oeuvre une fonction active qui leur permet de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients”*, puis en déduisant de cette analyse que *“les sociétés Google reproduisaient ainsi le film sur leur site Google Vidéo France, sans autorisation des titulaires des droits sur ce film, ce qui caractérise la contrefaçon, et qu'elles allaient ainsi au-delà de la mise en oeuvre d'une simple fonctionnalité technique”*.

Comme le note le Professeur Caron⁶⁴ *“ce qui est sanctionné, ce n'est pas d'avoir placé des liens permettant d'accéder à des sites tiers, mais d'avoir, en réalité, accaparé les contenus présents sur d'autres sites afin qu'ils soient accessibles sur le site de Google. La Cour de cassation y voit un acte de reproduction et de représentation non autorisé, autrement dit une contrefaçon, d'autant plus que le rôle actif de l'exploitant est caractérisé puisqu'il va « au-delà de la mise en oeuvre d'une simple fonctionnalité technique »”*.

103. Par ailleurs, la Cour de cassation pour rendre sa décision, recherche également l'existence d'un public nouveau, nécessaire la communication au public⁶⁵. Le juge souligne en effet que l'appropriation de la vidéo en cause s'est faite « à l'intention de leurs propres clients ». D'après la Cour de cassation, en mettant à disposition la vidéo sur son site, le moteur de recherche touche un nouveau public que celui initialement prévu lors de la publication originelle. Cette position a cependant été modifiée notamment du fait de l'intervention des juges européens.

Section 2 : Le lien hypertexte comme acte de communication au public

104. Si l'on retient, la qualification d'hébergeur, la valeur d'un lien hypertexte est plus que vitale, puisque les liens représentent la colonne vertébrale de nos plateformes de streaming. Lorsque l'on souhaite aborder de la qualification du lien hypertexte quant à l'acte de communication au public, il est avant toute chose nécessaire de se référer aux

⁶⁴ C. CARON, Responsabilité des hébergeurs : requiem pour le « take down, stay down » Communication Commerce électronique n° 9, Septembre 2012, comm. 91

⁶⁵ J.M. Bruguière « Liens hypertextes, Notice and stay down » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 42, 18 Octobre 2012, 1627

deux décisions principales en la matière, rendue par la Cour de Justice de l'Union européenne. Il est ici bien évidemment question des arrêts Svensson⁶⁶ et Bestwater⁶⁷.

Cependant alors que l'on pensait cette question réglée par ces deux arrêts, elle se présente de nouveau aujourd'hui devant les juges européens avec l'affaire GS Media, il conviendra également de revenir sur l'ensemble des réactions quant à l'annonce de cette décision à venir, avec notamment les conclusions rendues par l'avocat général (§2).

Paragraphe 1 : La nécessaire intervention du juge européen

105. En droit français, la communication au public est défini par l'article L. 122-2 du CPI. Cet article prévoit que *“la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque et notamment :*

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;
2° 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. Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite”.

106. Cette définition est volontairement très large et n'opère pas de distinction a priori selon le vecteur utilisé pour réaliser la communication au public, permettant ainsi une adaptation du droit aux nouvelles technologies, comme par exemple le lien hypertexte. Il ressort de la jurisprudence et des réflexions de la doctrine en général, que la communication au public repose principalement sur la communication de l'œuvre à un public, sans prendre en considération le moyen technique employé, ni les modalités d'accès pour le public. Cette définition englobe donc la communication à un public pris de façon individuelle, on parle alors de communication point à point.

107. Au niveau européen, l'article 3 de la Directive du 22 mai 2001 a établi une définition du droit de communication au public, similaire pour le droit d'auteur et pour les droits voisins. Il s'agit du *“droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement”.*

⁶⁶ CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=360422>

⁶⁷ CJUE, 9e ch., 21 octobre 2014, aff. C-348/13, BestWater International GmbH/Michael Mebes et Stefan Potsch <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CO0348&from=FR>

108. Concernant le lien hypertexte, les travaux du Forum des droits ont fait apparaître des positions hostiles à la qualification de communication au public. Ainsi, le rapport reprend les propos de Vincent Varet⁶⁸ qui estimait que la création d'un hyperlien vers une ressource accessible en ligne, sans restriction manifestée par le titulaire du droit précise-t-il toutefois, *“n'est pas un nouveau mode d'exploitation touchant un nouveau public et, ne devrait pas, si l'on revient à l'essence des droits patrimoniaux, être soumise à autorisation”*.

109. Cette analyse va solution va être reprise et précisée par la Cour de justice de l'union européenne en 2014 avec les arrêt Svensson et Bestwater.

1. L'arrêt Svensson, et la nécessité d'un public nouveau

110. L'affaire Svensson⁶⁹, a offert la possibilité, pour la première fois, à la Cour de Justice de l'Union Européenne de se pencher sur les cas des liens hypertextes, dans le cadre de la communication au public au sens de la Directive 2001/29⁷⁰.

111. Pour rappel cette affaire concerne un journaliste suédois ayant accepté la publication sous format papier et électronique de son article de presse. Par la suite, un internaute fait un lien de cet article sur un site autre que le site du journal sans l'autorisation du journaliste suédois qui intente alors une action en contrefaçon. Le défendeur argue que l'article était librement accessible depuis le site du journal et qu'il n'est donc pas question ici d'une communication au public. En répondant aux 4 questions préjudicielles, qui leur sont posées, les juges européens dégagent plusieurs éléments de réponse.

La Cour rappelle dans un premier temps, les différentes conditions de la communication au public. Il faut d'après la celle-ci un acte de communication et la présence d'un public nouveau.

⁶⁸ Vincent Varet, Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, Légipresse, novembre 2002, n° 196, II, p. 143

⁶⁹ CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=360422>

⁷⁰ Pour une analyse plus complète de l'arrêt voir C. CARON, « Important arrêt sur les liens hypertextes » Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2014, comm. 34
V-L Benabou, « Quand la CJUE détermine l'accès aux oeuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », 15 fév. 2014 <https://vlbenabou.wordpress.com/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>

Pour les conséquences sur les titulaires de droits voir L.DUBOIS, et F.GAULLIER, "Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : Quelles conséquences pratiques ?". RLDI 109 (2014)

En l'espèce la Cour relève qu'il n'y a pas de public nouveau, car l'œuvre était librement accessible dès sa publication sur Internet pour l'ensemble des visiteurs potentiels du site d'origine, c'est-à-dire tous les internautes disposant d'un accès direct à internet. Rappelons qu'en l'espèce l'œuvre litigieuse était librement accessible sur internet dès sa publication initiale, donc n'importe quel internaute aurait eu la possibilité de la voir.

Les utilisateurs du lien hypertexte en cause, faisaient donc partie du public pris en compte par les titulaires lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale, on a ici une sorte de présomption générale (point 27).

Ce qui fait ici une telle solution c'est le libre accès à l'œuvre sur le site initial. La solution aurait été différente si l'œuvre avait été publiée sur internet de manière restreinte, comme par exemple seulement les abonnés auraient pu accéder au site.

112. Cet arrêt est fondamental, puisqu'il érige un principe selon lequel, la fourniture d'un lien hypertexte permettant de connaître des œuvres librement accessibles sur un autre site, n'est pas un acte de communication au public et ne nécessite donc pas de solliciter une autorisation auprès du titulaire des droits.

À cet égard la Cour a confirmé cette position dans l'arrêt *C More Entertainment*⁷¹. Dans cette affaire, la société C More Entertainment est une chaîne de télévision payante qui retransmet en direct sur son site internet, moyennant paiement, des matchs de hockey sur glace. Un internaute crée sur son site des liens permettant de contourner le système de péage mis en place par la chaîne de télévision, et permettant ainsi aux autres internautes de visionner les matchs gratuitement. Même si la question posée à la Cour de Justice n'était pas celle de savoir s'il y avait eu une communication au public, la Cour rappelle qu'en l'espèce, il y a un public nouveau puisque le contenu initial n'était accessible qu'aux gens ayant un abonnement, alors qu'après publication des liens hypertexte, l'ensemble des internautes ayant un accès à Internet pouvait visionner les contenus.

Dans l'arrêt *Svensson*, la Cour limite ce nouveau principe, aux points 29 et 30, en indiquant qu'une *“telle constatation ne saurait être remise en cause si la juridiction de renvoi devait constater, ce qui ne ressort pas clairement du dossier, que, lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site.*

⁷¹ CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, *C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg*
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163250&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1008670>

En effet, cette circonstance supplémentaire ne modifie en rien la conclusion selon laquelle la fourniture sur un site d'un lien cliquable vers une œuvre protégée publiée et librement accessible sur un autre site a pour effet de mettre à la disposition des utilisateurs du premier site ladite œuvre et constitue donc une communication au public. Cependant, étant donné qu'il n'y a pas de public nouveau, en tout état de cause l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas à une telle communication au public".

113. La Cour envisage ici, le cas du framing, très utilisé sur les plateformes de streaming. Cette hypothèse est reprise plus amplement par l'arrêt Bestwater.

2. L'arrêt Bestwater, et le cas du framing

114. Comme évoqué en introduction de ce chapitre, le framing consiste à intégrer un contenu directement à une page web, afin de permettre à l'utilisateur de consulter le contenu sans quitter la page qu'il visite. Cette pratique est très fréquente des plateformes de streaming qui en plus de l'hébergement du lien brut soumis par l'uploader, propose également une intégration directe de la vidéo sur leur page. Du fait de cette intégration, l'internaute restera plus longtemps sur la page, permettant à la plateforme d'obtenir un revenu plus important du fait de la publicité. Parallèlement, la plateforme d'hébergement de la vidéo, n'aura pour sa part pas de visite directe de la part de l'internaute. Une des solutions de ses hébergeurs, de vidéos notamment, est d'inclure directement la publicité en superposition de la vidéo, même lorsque celle-ci fait l'objet d'un framing.

115. L'arrêt Bestwater⁷² n'est pas sans lien direct avec l'arrêt Svensson. Rendu la même année, l'arrêt BestWater va confirmer la solution de Svensson quand bien même le lien intégrerait une fenêtre au sein de laquelle s'afficherait une œuvre contenue sur un site tiers. Il n'y aurait donc plus cette impression d'être sur le site initial comme pouvait l'avoir les utilisateurs dans l'arrêt Svensson, puisque l'utilisateur ne change pas de page pour consulter le contenu.

La société BestWater International fabrique et commercialise des systèmes de filtres à eau. Pour ses besoins publicitaires, elle fait produire un court-métrage dont elle en détient les droits. Cette vidéo a été publiée également sur YouTube. Des concurrents de la société ont permis à des visiteurs de leur site internet de visualiser le court métrage de la société

⁷² CJUE, 9e ch., 21 octobre 2014, aff. C-348/13, BestWater International GmbH/Michael Mebes et Stefan Potsch

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CO0348&from=FR>

Pour un commentaire voir J-M. BRUGUIÈRE, "Circulez, Il n'y a (plus rien) à juger !". PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES 54 (2015)

BestWater par mécanisme de transclusion ou framing et donnant ainsi l'impression aux visiteurs de regarder la vidéo du site de la société concurrente.

116. Dans cette affaire la Cour de justice de l'Union Européenne a dû répondre à la question suivante : *“Le fait que l'œuvre d'un tiers mise à la disposition du public sur un site Internet soit insérée sur un autre site Internet dans des conditions telles que celles en cause au principal peut-il être qualifié de ‘communication au public’, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, même lorsque l'œuvre en question n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique différent de celui de la communication d'origine?”*

La Cour reprenant la décision Svensson (points 29 et 30), relève que le *“seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion» («framing»), telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine.”*

117. La Cour conclut donc ici, que le fait que la méthode d'affichage utilisé par le site internet, soit celle du framing, ne change rien à la condition d'un public nouveau, qui en l'espèce n'est pas remplie. Comme le note le Professeur Caron, même *“si la transclusion ne viole pas le monopole de l'auteur, elle pourrait bien, dans certains cas, porter atteinte au droit moral de l'auteur (et plus précisément au droit au respect de l'esprit de l'oeuvre), notamment s'il est prouvé qu'elle permet une coexistence entre des oeuvres qui n'ont rien à faire ensemble sur un même site Internet. De même, il pourrait même être possible d'y voir, dans certains cas, un acte de parasitisme s'il est dûment établi qu'un parasite profite indûment des investissements d'autrui en permettant la diffusion d'oeuvres de l'esprit sur son site Internet afin d'obtenir un avantage concurrentiel. Autrement dit, la licéité de la transclusion au regard des droits patrimoniaux de l'auteur ne signifie pas, pour autant, qu'elle bénéficie d'un total blanc-seing juridique”*.⁷³

⁷³ C. Caron, « La « transclusion » ou l'utilisation licite de l'oeuvre d'autrui sur Internet », Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2014, comm. 92

118. À cet égard, l'Association Littéraire et Artistique Internationale, ne partage pas cette position puisqu'elle réaffirme *“son opinion selon laquelle les liens profonds et les liens de cadrage mettent à la disposition du public l'œuvre référencée et, en l'absence d'une exception ou d'une limitation, nécessiteraient par conséquent une autorisation”* dans son avis du 17 juin 2015⁷⁴.

L'association relève ainsi que *“ceux qui fournissent ces types de liens rendent possible l'affichage de l'œuvre directement sur l'écran de l'ordinateur ou de l'appareil de l'utilisateur ou le téléchargement de l'œuvre directement sur son ordinateur ou son appareil, et ce sans aucune autre intervention”*, et doivent donc demander une autorisation avant de lier.

Elle réaffirme enfin *“son opinion selon laquelle le critère de « public nouveau », sur lequel la CJUE s'est appuyée pour conclure que la mise à disposition n'est pas une communication au public dès lors que la communication depuis le site internet d'origine est à la fois autorisée et non limitée par des mesures techniques, ne trouve aucun fondement dans la Convention de Berne ou dans n'importe quel autre accord international applicable en la matière. Mais l'ALAI estime qu'il est possible d'admettre certaines activités de lier qui sans cela porteraient atteinte au droit d'auteur, d'une part, grâce à la mise en place de mécanismes d'autorisation de ces activités, d'autre part, par l'application de diverses exceptions déjà prévues par la Convention de Berne et d'autres instruments internationaux”*.

119. Si on rapproche ces deux décisions de la CJUE, de la thématique des plateformes de streaming, on voit bien que l'hébergement d'un lien hypertexte, pointant vers une vidéos hébergée sur un site tiers, que ce soit via une fenêtre de framing ou bien l'ouverture dans un nouvel onglet, ne constitue pas une communication au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la Directive 2001/29/CE. Cette analyse étant écartée si le contenu visé par le lien, était lors de sa publication initial limité à un ensemble de personne défini, notamment les personnes ayant un abonnement ou un compte sur le site ayant accueilli la publication initiale.

120. Cependant un dernier élément a été exclue des raisonnements menés par la Cour dans ces deux décision, l'illicéité du contenu vers lequel les liens pointaient, et la possibilité de

⁷⁴ Rapport et Avis de l'ALAI sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet adopté le 17 juin 2015
<http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>

retenir la responsabilité de l'hébergeur de ces liens. On retrouve aujourd'hui cette question devant les juges européens avec l'affaire GS Media.

Paragraphe 2 : Le lien pointant vers l'illicite avec GS MEDIA c/ SANOMA

121. Les faits de l'espèce ayant conduit au contentieux qui se présente aujourd'hui devant les juges européens, diffèrent quelque peu de la situation des plateformes de streaming, mais la décision attendue, aura à n'en pas douter un impact sur ces dernières et plus généralement sur l'intégralité des sites web fonctionnant à base de liens hypertextes.

122. Pour rappel, l'affaire GS Media BV v Sanoma Media concerne la publication de lien dans un article en ligne, pointant vers des photographies d'une jeune femme issue de l'édition néerlandaise du magazine Playboy.

123. L'éditeur du magazine Playboy, Sanoma, a engagé un photographe pour un shooting en octobre 2011. Quelques jours après celui-ci, et alors que les photographies n'étaient pas encore publiées, le site de presse Geenstijl.nl, poste un article, indiquant l'existence de ces photographies "volées", tout en incluant un lien hypertexte vers celles-ci. Plus précisément le lien hypertexte conduisait l'internaute sur une page du site "Filefactory", célèbre site d'hébergement de données basé en Australie. Cette page permettait alors après plusieurs étapes de navigation, le téléchargement d'un dossier archive au format ZIP, contenant 11 photographies issues du shooting en question.

124. La société Sanoma, ayant pris connaissance de cet article, contacte le site internet directement, mais également la maison mère de celui-ci, une société de média allemande "Telegraaf Media Group", demandant le retrait du lien dans la journée, sous peine de poursuite. Elle demande également, au site FileFactory le retrait du dossier contenant les photographies. Les images sont supprimées du site internet FileFactory, cependant aucune action n'est prise par le site internet néerlandais.

Le 7 novembre 2011, le site, informe ses lecteurs des poursuites engagées par la société Sanoma et met à jour le lien rendu inaccessible par FileFactory, en utilisant cette fois-ci, un lien vers le site internet Imageshack, site spécialisé dans l'hébergement d'images. Ici encore, une fois l'article publié, la société Sanoma a demandé le retrait des images du site à Imageshack qui s'est exécuté. Par la suite, d'autres liens pointant vers les photographies, ont été postés par les lecteurs, sur une section dédiée du forum du site internet.

125. Le site internet reçoit enfin une ordonnance, lui indiquant qu'il est poursuivi pour contrefaçon à la demande de Sanoma, mais également de la jeune femme figurant sur les photographies. L'affaire est portée devant les juridictions néerlandaises, qui ne sachant comment qualifier le lien hypertexte dans cette affaire, ont saisi la Cour de justice de l'union européenne le 7 avril 2015⁷⁵.

126. À la différence des deux affaires précédemment examinées, la communication au public portait en l'espèce, sur un contenu "non dévoilé" par les ayants droit, puisque les photographies en question n'étaient pas encore publiées au moment de la diffusion du lien. De même, on peut rapprocher les faits d'espèce de la situation des plateformes de streaming, en ce que dans les deux cas, un site internet héberge des liens pointant vers des contenus diffusés sans l'accord des ayants droit.

La décision des juges européens n'étant pas disponible pour le moment, il est nécessaire d'analyser les conclusions de l'avocat général⁷⁶ ainsi que les différentes réactions des acteurs principaux de l'Internet.

127. L'avocat général résume les différentes questions préjudicielles, comme suit "*la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue un acte de communication au public la fourniture sur un site Internet d'un hyperlien vers un autre site Internet exploité par un tiers, accessible à l'ensemble des internautes et sur lequel des œuvres protégées par le droit d'auteur sont mises à la disposition du public, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur*".

128. Dans ses conclusions, l'avocat général exclut de façon générale, la qualification de communication au public aux faits d'espèce. Pour cela, il "*considère que les hyperliens qui conduisent, même directement, vers des œuvres protégées ne les «mettent pas à la disposition» d'un public lorsqu'elles sont déjà librement accessibles sur un autre site mais ne servent qu'à faciliter leur découverte*".

Partant, l'avocat général indique "*que les hyperliens placés sur un site Internet, renvoyant vers des œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont librement accessibles sur un autre*

⁷⁵ Demande de décision préjudicielle présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 7 avril 2015 - GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV e.a. (Affaire C-160/15)
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164772&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=98321>

⁷⁶ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MELCHIOR WATHELET présentées le 7 avril 2016
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=98321>

site, ne peuvent pas être qualifiés d'«acte de communication» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29".

L'avocat général précise par ailleurs qu'il "ressort notamment des arrêts *Football Association Premier League e.a.* (C 403/08 et C 429/08, EU:C:2011:631, point 197) et *Svensson e.a.* (C 466/12, EU:C:2014:76, points 24 et 31) que le critère d'un public nouveau n'est applicable que lorsque le titulaire du droit d'auteur a autorisé la communication initiale au public. Étant donné qu'une telle autorisation fait défaut dans l'affaire au principal, le critère d'un «public nouveau» n'est pas d'application".

129. L'avocat général conclut enfin "que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de «communication au public» comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition". L'illicéité des contenus en cause ne peut donc être prise en compte, lors de l'examen de la communication au public, par les États membres.

À cet égard, la Computer & Communication Industry Association (CCIA) confirme cette position, en indiquant que la connaissance de l'illicéité du contenu par le "lieur", ne doit pas être prise en compte dans l'examen de la violation des droits d'auteurs, tout en évoquant la difficulté pour le lieu de vérifier la licéité du contenu⁷⁷.

Parallèlement, l'association précise que cette connaissance est cruciale lors de l'examen de la responsabilité de l'hébergeur (en application de la Directive e-commerce). L'association rappelle en effet, que l'hébergeur peut être tenu responsable du contenu qu'il héberge lorsqu'il a connaissance de l'illicéité de celui-ci. Il est cependant nécessaire de noter, qu'en l'espèce, la qualification d'hébergeur nous apparaît complexe, puisque les liens n'étaient pas fournis par des tiers. Le site internet ne sera hébergeur que dans l'hypothèse des liens postés par les utilisateurs sur le forum.

Dans le même sens, le Groupe de l'Article 19, relève qu'en cas de discussion sur la responsabilité des liens hypertextes, celle-ci devraient seulement concerner les utilisateurs et non les hébergeurs. Selon eux, on ne peut pas attendre d'un intermédiaire qu'il contrôle les contenus soumis par ses utilisateurs. Une telle position, entraînerait l'interdiction de poster des liens sur les plateformes et limiterait le développement de ces dernières⁷⁸.

⁷⁷ CCIA Comments on the GS Media Case (C-160/15)

<http://www.cciagnet.org/wp-content/uploads/2016/02/CCIA-Comments-on-the-GS-Media-Case-7.2015.pdf>

⁷⁸ Article 19 "Response to EU Consultation on E-Commerce Directive" Novembre 2010

<https://www.article19.org/data/files/pdfs/submissions/response-to-eu-consultation.pdf>

130. Tout comme l’avocat général, l’association conclut que le lien hypertexte renvoyant vers un contenu illicite, ne doit pas être considéré comme une communication au public. Ainsi pour l’association, Internet *“repose sur la nécessité et a liberté de lier, sans autorisation préalable”*, et *“une décision contre la liberté de lier, ébranlerai la structure d’Internet. Une telle décision affaiblirait également les libertés fondamentales, que la liberté de lier protège dans l’univers numériques, avec en particulier les libertés d’expression et d’information”*⁷⁹.

131. Comme le relève la CCIA, la connaissance de l’illicéité des contenus hébergés, peut être prise en compte lors de l’examen de la responsabilité de l’examen en application de la Directive e-commerce et de LCEN. Alors que la connaissance de l’illicéité ne pose pas de problèmes pour des contenus tels que des médias, celle-ci est plus compliqué à vérifier dans le cas des liens hypertextes.

Section 3 : La qualification de “manifestement illicite” pour un lien hypertexte

132. Pour rappel, les plateformes de streaming hébergent des liens soumis par des utilisateurs. La majorité, sinon la totalité, de ces liens hypertextes pointent vers des contenus illicites, notamment des vidéos diffusées sans l’autorisation des titulaires des droits d’auteur.

La Directive e-commerce, et la LCEN, prévoient, toutes deux, une responsabilité allégée pour l’hébergeur qui agit comme simple intermédiaire, c’est-à-dire, qui se contente de jouer un rôle passif. Cette responsabilité allégée est conditionnée, à une obligation de retrait du contenu, en cas de notification de la part des ayants droit ou lorsque l’hébergeur a connaissance du caractère “manifestement illicite” du contenu.

Ainsi la Directive e-commerce prévoit en son article 14 que le prestataire ne pourra bénéficier du régime de responsabilité allégée que dans les cas où il n’avait *“pas effectivement connaissance de l’activité ou de l’information illicites”*.

La LCEN précise pour sa part que la responsabilité civile de l’hébergeur ne pourra être retenue du fait des contenus hébergés, si ils *“n’avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, [ils] ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l’accès impossible”*. Par ailleurs, toujours selon la LCEN, les hébergeurs ne peuvent voir *“leur responsabilité pénale engagée à raison des informations*

⁷⁹ Traduction libre de propos extraits des commentaires de la CCIA sur l’affaire GS Media

stockées à la demande d'un destinataire de ces services si [ils] n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible”.

133. Concernant cette connaissance de caractère illicite du contenu, le législateur français fait appel à un “concept mou” équivalent à celui d'apparence et considère que l'hébergeur ne doit intervenir sans le feu vert du juge que lorsque le contenu est “manifestement illicite”.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2004, ayant en effet, émis une réserve d'interprétation qui tranche en faveur d'une interprétation restrictive des cas de mise en œuvre de la responsabilité du prestataire. Il a ainsi précisé que les articles 6-I.2 et 6-I.3 de la LCEN “*ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge*”. Le Conseil constitutionnel valide ainsi la procédure de notification mise en place par le législateur mais confirme que la connaissance ne pourra être acquise par l'hébergeur que lorsqu'un juge se sera prononcé sur l'illicéité du contenu ou, en dehors de toute intervention judiciaire, si le contenu est en lui-même manifestement illicite. Par conséquent, selon le Conseil constitutionnel, la procédure de notification n'obligera l'hébergeur à retirer le contenu sans intervention du juge que lorsque celui-ci est manifestement illicite.

134. Une partie de la doctrine, entend soutenir que, les hébergeurs sont soumis à une obligation de retrait des contenus “manifestement illicites”, et ce, même en l'absence de notification. Nous retrouvons ici le triptyque mis en avant par le Professeur Michel Vivant avant l'entrée en vigueur de la LCEN : “savoir-pouvoir-inertie”⁸⁰, selon lequel la responsabilité du prestataire est engagée dès lors qu'il sait qu'il a des raisons d'intervenir, qu'en outre il est en mesure techniquement de le faire, mais qu'il refuse d'agir. Cette position apparaît comme assez complexe à tenir pour les hébergeurs.

135. La LCEN, tout comme la Directive, exclut un devoir de surveillance générale des contenus hébergés, l'intermédiaire ne pouvant être passif/neutre et soumis à un devoir de surveillance, dans le même temps.

⁸⁰ Michel Vivant, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », JCP éd. G, n° 45-46, 10 novembre 1999, p. 2023.

Par ailleurs, comme l'explique la CCIA, dans son commentaire relatif à l'affaire GS MEDIA, du fait de la complexité des lois et aménagements effectués par les juridictions, il est quasi impossible de savoir aujourd'hui si un contenu initial est légal ou non. *“Depuis la perspective de la personne qui souhaite créer un lien vers un contenu, il n'existe aucun moyen de vérifier si le contenu pointé, a été mis en ligne avec ou sans l'autorisation des ayants droit”*⁸¹.

A *fortiori*, il est impossible pour un hébergeur de savoir si le lien qu'il héberge pointe vers un contenu légal ou non. On notera par ailleurs, que le statut d'un contenu, peut également évoluer dans le temps, notamment en cas de retrait d'une autorisation, ou lorsque le contenu tombe dans le domaine public.

Au vu de ces premiers éléments, il apparaît *“impossible pour l'hébergeur d'évaluer le caractère manifestement illicite, la démarche pour arriver à la solution étant trop complexe et technique. Il faut que le caractère illicite du contenu soit flagrant, sans avoir à analyser la situation au regard de nombreux textes législatifs”*⁸².

136. Se pose cependant la question, des sites qui ont pour vocation unique, d'héberger des contenus illicites, c'est le cas par exemple, des plateformes de streaming. Ici, l'absence d'obligation générale de surveillance, peut difficilement représenter un argument de défense. De même, le concept même de la plateforme de streaming, laisse présager une majorité de liens pointant vers des contenus contraires au droit d'auteur.

137. Il est cependant nécessaire de délimiter les domaines pouvant être “manifestement illicites”. L'activité de repérage des contenus “manifestement illicites” peut être envisagé comme un rôle actif de la part des hébergeur, dans le cadre de la lutte contre la diffusion des infraction. Dans ce domaine, l'article 6-I-7 de la LCEN prévoit que *“compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine”* les hébergeurs “doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions”.

⁸¹ Traduction libre de propos extraits des commentaires de la CCIA sur l'affaire GS Media

⁸² O.Fondeville et A-S.Jouannon, Le « manifestement illicite », mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur <http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20080407.pdf>

138. Avec cet article, le législateur français vient “borner” le rayon d’action des hébergeurs, aux infractions les plus graves, en offrant une liste restrictive, ne pouvant par principe être étendue. Les infractions au droit de la propriété intellectuelle, n’étant pas incluses dans cet article, on peut envisager que le législateur, n’a pas souhaité soumettre les hébergeur à un contrôle sur ces contenus.

Cette position s’explique notamment par les arguments avancés plus tôt, mais également, par la fréquence de ce type d’infraction, à la différence d’infractions plus importantes comme la diffusion de contenus pédo-pornographiques. Enfin, il est évident que les types de contenus évoqués dans l’article 6-I-7 nécessite un retrait immédiat, ne pouvant être réalisé dans le cas de l’intervention judiciaire, même sous forme de référé.

139. Pour conclure sur la question du lien hypertexte, il ressort des différentes décisions étudiées ainsi que des écrits d’une partie de la doctrine, que le lien hypertexte ne peut être considéré comme une communication au public. Cette première observation, limite les possibilités de poursuites, à l’égard du “lieur”. Pour autant, la question de la création du lien pointant vers un contenu illicite peut encore poser des difficulté, à l’heure actuelle. Ainsi, une partie de la doctrine penche en faveur d’une recherche de complicité, lorsque le lieuur connaissait le caractère illicite du contenu pointé. Enfin, concernant le caractère “manifestement illicite” d’un lien hypertexte, une telle position, se révèle être très complexe à mettre en place, et nécessiterait de la part de l’hébergeur, une surveillance active.

140. Maintenant que nous avons vu le statut applicable aux plateformes de streaming et aux liens hypertextes, il est nécessaire de se pencher sur le comportement des juridictions, et plus particulièrement sur l’application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux plateformes.

PARTIE 2 : Application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux plateformes

141. Alors que l'on pensait réglée, la question de la qualification juridique des plateformes de streaming et par conséquent celle du régime qui leur est applicable, il ressort des décisions de justice rendues par les différentes juridictions que ce n'est pas le cas.

Il résulte effectivement, des développements précédemment évoqués, que les plateformes de streaming doivent être considérées comme des hébergeurs au sens de l'article 6-1-2 de la LCEN ou 14 de la Directive e-commerce, et partant, doivent bénéficier du régime de responsabilité allégée prévu par ces textes. Le considérant 45 de la Directive e-commerce prévoit ainsi que *“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”*.

Il est donc possible pour les juridictions de prendre des décisions visant à mettre un terme à toute violation ou à prévenir celles-ci, tout en respectant par ailleurs, le considérant 47 de cette même Directive qui prévoit comme on l'a vu, l'interdiction d'ordonner un devoir de surveillance générale.

142. La LCEN, tout comme la Directive e-commerce, ne prévoit la mise en jeu de la responsabilité de l'hébergeur concernant un contenu soumis par un utilisateur sur le site internet, que dans les cas où l'hébergeur n'a pas retiré promptement un contenu signalé comme illicite par un ayant droit. Il n'est donc nullement prévu, la possibilité pour une juridiction de condamner un hébergeur pour le contenu qu'il héberge, s'il respecte et exécute les demandes de retrait qui lui sont soumises.

143. Alors que la condamnation des hébergeurs pour contrefaçon, en application de l'article L335-3 du Code de la propriété intellectuelle, paraît assez difficile, notamment depuis la décision du 12 juillet 2012, déjà examinée plus haut, les juridictions optent aujourd'hui pour une condamnation au visa de l'article L335-2-1 de ce même code. Cet

article créé par la loi dite “DADVSI” du 1er août 2006⁸³, prévoit qu’est puni “*de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait :*

1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés ;

2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°”.

Ce texte issu de l’amendement dit « Vivendi »⁸⁴ a fait grand bruit au sein de la communauté “geek”⁸⁵, puisqu’il avait pour objectif de limiter les contrefaçons par téléchargement en P2P notamment, en s’attaquant aux outils plutôt qu’aux contenus. En effet, ce texte prévoit la possibilité de poursuivre un éditeur de logiciel “manifestement destiné” à la mise à disposition, et donc plus généralement au téléchargement, d’oeuvres protégées. Or, même si, le téléchargement via la technologie du P2P, fait aujourd’hui l’objet d’une mauvaise presse, celui-ci a dans un premier temps était développé dans le seul but de faciliter le téléchargement de fichiers de gros volume, licites ou non. De tels logiciels sont d’ailleurs, aujourd’hui encore, utilisés pour télécharger des documents assez volumineux de façon plus aisée, on pense notamment aux téléchargements de distribution Linux, ou à ceux de mise à jour pour des jeux vidéos.

144. Ce texte, visant ouvertement les logiciels, comme nous auront l’occasion de le voir par la suite, n’a cependant jamais été utilisé pour combattre ceux-ci, puisque les seules décisions rendues au visa de cet article, concernent la poursuite de sites internet.

De même, l’article 6-I-3 de la LCEN prévoit que les hébergeurs “*ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible*”. Cet article relevant d’un chapitre V “dispositions pénales”, il sera nécessaire pour permettre son application de prouver que l’hébergeur avait effectivement connaissance de l’illicéité des contenus ou n’avait pas agi promptement à la suite de la notification des ayants droit.

⁸³ Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information

⁸⁴ dit amendement Vivendi/Sarkozy/Mariani/Wauquiez, en raison de la demande expresse de M Sarkozy auprès de son attaché parlementaire pour porter cet amendement soufflé par Vivendi.
<http://www.dadaproduct.org/spip/Qu-est-devenu-l-amendement-Vivendi.html>

⁸⁵ Voir notamment
<http://www.nextinpact.com/archive/27354-DADVSI-adoption-de-lamendement-Vivendi-Unive.htm>

145. Il nous paraît donc nécessaire d'examiner la position des juridictions concernant l'application de ce texte aux plateformes de streaming, pour cela nous verrons dans un premier temps si un site internet peut être qualifié de logiciel, comme le font à l'heure actuelle les juridictions (Chapitre 1), avant de vérifier si ce texte peut véritablement être appliqué en droit français du fait de l'absence de notification telle que prévu par la Directive de 98 (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le site internet et le logiciel

146. L'article L335-2-1 vise le fait pour un individu d'éditer un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés, il n'est donc ici question que de la poursuite des éditeurs de logiciels ou des personnes qui en font la promotion. Cependant, comme nous l'avons évoqué plus haut, les juridictions utilisent aujourd'hui ce texte pour condamner les administrateurs de sites internet permettant d'accéder à des contenus illicites⁸⁶.

Il est donc nécessaire de vérifier si l'analyse des juridictions conduisant au rapprochement des logiciels avec les sites internet, et à l'application de cet article à ces derniers peut être justifiée. Pour cela nous examinerons dans un premier temps ce que l'on considère actuellement comme un "logiciel", au sens du droit français et en quoi le texte en cause ici a explicitement été prévu pour un usage sur ces derniers seulement. Nous verrons ensuite, la définition du "site internet" et les problématiques soulevées par l'application de cette disposition dans le cadre de la condamnation des administrateurs de site internet (Section 2).

Section 1 : L'application de l'article L335-2-1 du CPI au logiciel

147. L'article L335-2-1 prévoit expressément son application au logiciel, la recherche d'une définition pour ce terme, est donc essentielle ici. Cependant, au-delà de ce premier point, il est également important de s'intéresser à la genèse de ce texte. Pour cela nous analyserons notamment, les amendements ayant permis la création du texte, afin de comprendre les objectifs poursuivis par le législateur (§2). Enfin nous examinerons la seule décision de la Cour de cassation en la matière (§3).

⁸⁶ Voir notamment le jugement du TGI de la Rochelle du 22 octobre 2015 Boris.P c/ Sacem et Autres <https://cdn.nextinpact.com/medias/jugement-boris-p-octobre-2015-p2p-gks.pdf>

Paragraphe 1 : Le logiciel et sa définition

148. Le logiciel représente dans le langage courant *“la partie non tangible de l'ordinateur. Ce terme est utilisé comme synonyme de programmes disponibles pour une machine donnée. Le logiciel est aussi indispensable au fonctionnement d'un ordinateur que le matériel lui-même”*⁸⁷.

149. D'un point de vue légal, il est assez complexe de trouver une définition du logiciel. Ainsi au niveau national, un arrêté du 22 décembre 1981⁸⁸ prévoit que le logiciel est un *“ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'une ensemble de traitement de données”*.

On retrouve une définition, un peu plus récente, au niveau européen avec la Directive 91/250/CEE⁸⁹ et son considérant 7 qui prévoit que *“le terme « programme d'ordinateur » vise les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel; que ce terme comprend également les travaux préparatoires de conception aboutissant au développement d'un programme, à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur”*.

150. Les logiciels ne font donc l'objet d'aucune véritable définition dans le Code de la propriété intellectuelle. La doctrine s'entend cependant à définir le logiciel comme une suite d'instructions adressées à un ordinateur afin de lui faire accomplir une opération. Concernant ces instructions, elles sont d'abord formulées sous la forme d'un “code source” correspondant au langage utilisé par le créateur, puis transformé en langage binaire. Ce langage binaire ne pourra être compris que par l'ordinateur exécutant le logiciel, on parle alors de “code objet”⁹⁰.

151. Parmi la masse d'innombrables logiciels disponibles à l'achat ou au téléchargement gratuit, on retrouve notamment les logiciels de base permettant le fonctionnement des ordinateurs -aussi appelés systèmes d'exploitation-, les logiciels d'application permettant de

⁸⁷ Définition issue du Dictionnaire de l'informatique et d'internet

<http://www.dicofr.com/cgi-bin/n.pl/dicofr/definition/20010101003038>

⁸⁸ Arrêté du 22 décembre 1981 ENRICHISSEMENT DU VOCABULAIRE DE L'INFORMATIQUE

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000842020>

⁸⁹ Directive du conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

⁹⁰ Voir également GRYNBAUM, Luc, LE GOFFIC Caroline, et MORLET Lydia. Droit Des Activités Numériques. Paris: Dalloz, 2014 (p. 441 et suivantes)

réaliser des tâches spécifiques, les logiciels standards ou « progiciels », ou encore les logiciels spécifiques conçus pour un utilisateur déterminé.

152. C'est dans cette dernière catégorie que l'on peut ranger les logiciels de P2P qui sont visés par cette disposition. Pour s'en convaincre il convient désormais d'examiner les amendements ayant conduit à l'adoption de ce texte.

Paragraphe 2 : La genèse du texte

153. L'article L335-2-1 est issu de la loi dite "DADVSI" du 1er août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, l'objectif affiché de cette loi étant donc de permettre une meilleure protection juridique des oeuvres.

Lors de son examen à l'Assemblée nationale, le 8 décembre 2005, les députés Mariani et Vanneste ont déposé un amendement 150⁹¹ concernant l'insertion après l'article L335-2 du Code de la propriété intellectuelle, d'un article L. 335-2-1 ainsi rédigé "*Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, le fait :*

1° de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un dispositif manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ;

2° d'inciter sciemment à l'usage d'un dispositif mentionné au 1°".

154. Pour justifier cette proposition, les députés indiquent notamment que "*la responsabilité des éditeurs de logiciels de peer-to-peer qui ont facilité les échanges et le partage de fichiers protégés sur Internet sans l'autorisation des ayants droit a récemment été confirmée par deux décisions de justice provenant, pour l'une, de la Cour suprême américaine et, pour l'autre, de la Cour fédérale australienne*".

Ils notent ensuite qu'une "*telle disposition aurait le mérite d'explicitier le cadre juridique pour ces nouveaux services de la société de l'information et ce faisant d'indiquer clairement aux éditeurs de logiciels de peer-to-peer à quelles conditions leur responsabilité pourra, le cas échéant, être engagée, ce qui épargnera, également, au juge de longues et fastidieuses procédures*".

155. Enfin ils concluent en indiquant que "*l'objectif de l'amendement proposé n'est pas de sanctionner l'utilisateur, que l'amendement contribuera toutefois à sensibiliser aux usages conformes à la loi des logiciels de peer-to-peer auxquels il pourra accéder, mais les*

⁹¹ Amendement 150 déposé le 8 décembre 2005 par MM. Mariani et Vanneste
<http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/1206/120600150.asp>

éditeurs de logiciels qui permettent ou facilitent la mise à disposition illicite de fichiers protégés.

Cet amendement incitera les éditeurs de logiciels à agir dans la légalité et constituera un signal fort en faveur du développement rapide de nouveaux modes de distribution via un réseau peer-to-peer dont les conditions d'exercice respecteront les prérogatives reconnues aux ayants droit par la loi”.

156. Au vu de ces premiers éléments, il est clair que l'objectif affiché de cet amendement, et du texte qui en découle est la lutte contre les logiciels de P2P. Pour appuyer cet aspect du texte, un second amendement a été déposé, cette fois-ci par le sénateur Thiollière le 13 avril 2006⁹². Cet amendement prévoit de remplacer au sein du texte découlant de l'amendement précédemment étudié, le mot “dispositif”, par le mot “logiciel”.

Paragraphe 3 : L'application de l'article L335-2-1 par la Cour de cassation

157. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer un arrêt d'appel, et de condamner un logiciel permettant la diffusion de musique sans l'autorisation des titulaires de droits au visa de l'article L335-2-1 du CPI, dans l'affaire Mubility et autres / SCPP, SPPF⁹³.

Bien que cette décision concerne principalement un logiciel, l'examen par les juges de la Cour de cassation, de la condamnation d'un site internet et la prise en compte de technologies telles que le streaming doivent être soulignées. Cette affaire, concerne le site de Radioblog⁹⁴, et le logiciel nécessaire à son fonctionnement.

Pour rappel le site Radioblog permettait à des bloggeurs du monde entier d'inclure un lecteur audio dans leurs pages pour partager de la musique avec leurs visiteurs. Pour cela les utilisateurs devaient uploader leurs musiques, sur leur propre site internet, après les avoir modifiées avec un logiciel fourni par Radioblog. Parallèlement, si l'utilisateur n'avait pas interdit le référencement de sa liste musicale via les paramètres de l'application, l'ensemble de ses fichiers était accessible et écoutable depuis le site radioblog.club.fr.

Au final, Radioblog offrait un logiciel permettant d'inclure de la musique sur un site internet, sans pour autant héberger celle-ci. Dans le même temps, il référençait l'ensemble des morceaux uploader et permettait d'y accéder depuis le site radioblog.club.fr sous la forme de liens hypertextes.

⁹² Amendement N° 22 du 13 avril 2006 déposé par le sénateur THIOILLIÈRE
http://www.senat.fr/amendements/2005-2006/269/Amdt_22.html

⁹³ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, 11-84.224, Publié au bulletin
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026485372>

⁹⁴ Pour une analyse complète de l'évolution du site Radioblog voir
<https://limprevu.fr/droit-de-suite/avec-radioblog-le-precurseur-du-streaming-sest-brule-les-ailles/>

Fort de sa simplicité, et de l'absence de concurrence, le site est visité par 15 millions de visiteurs uniques chaque mois, venant du monde entier, entre 2003 et 2007.

158. À la demande de la SCPP et la SPPF , la Cour d'appel de Paris, a condamné le 22 mars 2011, les responsables de Radioblogclub.fr. Cet arrêt a notamment été rendu au visa de l'article L335-2-1 du CPI. Elle approuve la décision de première instance du tribunal correctionnel de Paris du 3 septembre 2009 qui les avait obligé à reverser plus d'un million d'euros, à titre d'indemnisation, aux représentants des producteurs de phonogrammes, la SCPP et la SPPF.

Pour justifier cette décision, les juges de la Cour d'appel ont rappelé que "les travaux parlementaires précédant le vote du texte, n'excluaient pas que le texte s'appliquât à des moyens techniques différents aboutissant cependant aux mêmes résultats, comme le " streaming ", sans doute moins développé en 2005 ; que le fait réprimé par les-dits textes est, en tout état de cause, la mise à disposition du public de phonogrammes, d'un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public, non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés".

159. La Cour de cassation confirme cette décision dans son arrêt du 25 septembre 2012. Bien qu'elle n'ajoute rien à l'analyse de la Cour d'appel, elle confirme que "*tout service de communication au public en ligne d'oeuvres protégées, sans avoir obtenu les autorisations requises et toute mise à disposition d'un logiciel ayant cette finalité, entrent dans les prévisions des articles L. 335-4 et L. 335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle*". L'article L335-2-1 du CPI peut donc s'appliquer à des logiciels permettant le streaming de fichiers musicaux, et non le téléchargement de ceux-ci. Pour autant, la Cour n'indique pas clairement que le texte est applicable aux sites internet.

160. Il est donc affirmé de nouveau ici, que ce texte est envisagé principalement pour la poursuite des logiciels, et plus précisément des logiciels permettant l'utilisation de la technologie du P2P. Il n'est ainsi fait aucune mention aux sites internet, or, ce texte est aujourd'hui utilisé pour la poursuite de ces derniers. Une des raisons envisageables permettant de justifier une telle position des juridictions consiste à considérer le site internet comme un logiciel.

Section 2 : L'application de l'article L335-2-1 du CPI au site internet

161. En langage courant, un site internet désigne l'ensemble des pages et des documents reliés par des liens hypertextes, mises en ligne à une adresse Web. Bien que cette définition soit suffisante en temps normal, il est nécessaire ici de rechercher une définition juridique du site internet. Nous verrons ensuite les différents problèmes que l'application de l'article L335-2-1 entraînent (§2).

Paragraphe 1 : Le site internet et sa définition

162. Comme pour le logiciel, il n'existe aucune définition du "site internet" dans les textes législatifs français et européens, on peut cependant ici se référer aux services de communication au public en ligne. L'article 2 de la Délibération du 9 mai 2006⁹⁵ prévoit en effet, dans son dernier alinéa, que dans *"le cas où est utilisé un service de communication au public en ligne (site internet), un traitement des données de connexion à des fins purement statistiques peut être effectué"*.

Comme nous l'avons vu au préalable (Partie 1), le service de communication au public est défini comme un service permettant *"toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur"* en application de l'alinéa 4 de l'article 1-IV de la LCEN. Les juges tendent à considérer que les sites internet sont des logiciels. Il est donc nécessaire de vérifier si une telle position existe dans le CPI, et dans les autres décisions de justice (2).

1. La distinction au sein du CPI

163. Bien que le site internet ne soit pas défini par le Code de la propriété intellectuelle, certaines de ses dispositions font directement référence à celui-ci, tout comme elles font référence au terme "logiciel" de façon distincte.

164. Ainsi, l'article L132-35 du Code prévoit notamment qu'est *"assimilée à la publication dans le titre de presse la diffusion de tout ou partie de son contenu par un service de communication au public en ligne ou par tout autre service, édité par un tiers, dès lors que cette diffusion est faite sous le contrôle éditorial du directeur de la publication dont le contenu diffusé est issu ou dès lors qu'elle figure dans un espace dédié au titre de presse dont le contenu diffusé est extrait"*.

L'article L336-2, quant à lui, dispose qu'en *"présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en*

⁹⁵ Délibération n°2006-138 du 9 mai 2006 décidant de la dispense de déclaration des traitements constitués à des fins d'information ou de communication externe
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000788488>

ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier”.

165. Cet article concerne la lutte contre les violations du droit d’auteur ou du droit voisin en ligne, et tout comme l’article L336-5-1 du CPI a été créé par la loi dite “DADVSI”. Lors de sa création, l’article L336-2 prévoyait que “*les personnes dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne adressent, à leurs frais, aux utilisateurs de cet accès des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique*”. Cet article envisageait donc déjà la différence entre un service de communication au public en ligne et un logiciel.

Au vu de ces quelques exemples, découlant du CPI⁹⁶, il est évident que le législateur distingue le logiciel du site internet.

Il est cependant nécessaire d’analyser la jurisprudence, afin de vérifier si cette distinction est également retenue par les juridictions, notamment en droit d’auteur (2).

2. La distinction réalisée par les juridictions en matière de droit d’auteur

166. Afin de vérifier que les juridictions font clairement la distinction entre la qualification de site internet, et de logiciel, il faut analyser les décisions rendues dans une matière pouvant concerner ces deux types de créations. L’un des contentieux les plus importants en matière de création, et d’œuvre repose sur le droit d’auteur.

L’article L112-2 du Code de la propriété intellectuelle, prévoit ainsi que “*sont considérés notamment comme œuvres de l’esprit au sens du présent code : [...]*

13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire”. Le logiciel est donc protégé en France par le droit d’auteur, partant si les juridictions considèrent que les sites internet sont l’équivalent des logiciels, ou a minima que les sites internet font partie d’un ensemble plus important, celui des logiciels, elles devraient logiquement se baser sur cet alinéa pour rendre leurs décisions.

⁹⁶ Voir également les articles L335-7 et L521-8 du Code de la propriété intellectuelle

167. Or, on observe au travers de plusieurs décisions que ce n'est pas le cas, puisque les juridictions recherchent justement si le sites internet peuvent être qualifiés d'oeuvres de l'esprit de façon indépendante.

168. Ainsi le 13 février 2001, dans une décision SNC Prisma Presse et EURL Femme / Charles V. et association Apodeline⁹⁷, les juges du TGI de Paris ont condamné les défendeurs pour la contrefaçon d'un site internet, tout en reconnaissant qu'un site internet peut être une oeuvre de l'esprit. Les juges relèvent en effet que *“l'association Apodeline et Charles V., en reproduisant sur leurs sites internet respectifs <http://jeuneetlinux.free.fr> et <http://chez.com/V.c/> des pages du magazine " Femme " et son site <http://femme.fr>, sans l'autorisation des sociétés Prisma Presse et Femme, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de ces dernières, titulaires des droits d'auteurs sur ces œuvres”*. Pour rendre cette décision, les juges du fond ne recherchent à aucun moment un quelconque lien avec le logiciel.

169. Cette décision n'est pas unique, puisque l'on retrouve le même raisonnement dans une décision Sarl Avant-Première Design Graphique / Sarl Adgensite⁹⁸. Il n'était pas ici question de contrefaçon d'un site internet, mais de la conservation des droits d'auteur sur celui-ci par un salarié ayant créé le site internet durant son temps de travail. Les juges rappellent ainsi dans leur décision que *“conformément à l'article 111-1 du code de la propriété industrielle, il est de jurisprudence constante que l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits d'auteur qui naissent sur la tête du salarié même si l'œuvre est créée en exécution des directives de l'employeur”*, l'oeuvre étant ici le site internet, aucune référence n'étant par ailleurs faite au logiciel.

170. Dans un arrêt F. Zamarreno c. Sté Log-Acces⁹⁹ du 25 mars 2004, les juges de la Cour d'appel de Versailles ont qualifié le site web d'oeuvre collective au sens de l'article L. 113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle, en se fondant sur l'analyse de son processus de création. Pour rappel, ce dernier dispose qu'est *“dite collective, l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa*

⁹⁷ SNC Prisma Presse et EURL Femme / Charles V. et association Apodeline
Tribunal de Grande Instance de Paris 3ème chambre, 3ème section Jugement du 13 février 2001
http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=77

⁹⁸ Sarl Avant-Première Design Graphique / Sarl Adgensite
Tribunal de commerce de Lyon Ordonnance de référé du 22 octobre 2001
http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=64

⁹⁹ CA Versailles, 1re ch., 25 mars 2004, F. Zamarreno c/ Sté Log-Acces
http://www.afjv.com/juridique/040918_site_web_oeuvre_collective.htm

direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé".

Ici encore, aucune référence à la qualification de logiciel n'est faite par la Cour d'appel de Versailles.

171. Enfin, la Cour de cassation a également dû étudier la question de la qualification du site internet. Dans un arrêt du 12 mai 2011¹⁰⁰, la Cour de cassation consacre, pour la première fois l'éligibilité du site Internet à la protection par le droit d'auteur, en tant que tel¹⁰¹. La Cour rappelle par ailleurs dans son arrêt, que l'originalité peut tout à fait s'exprimer sur un site internet, mais que les juges du fond doivent dûment caractériser celle-ci pour pouvoir reconnaître le site internet, comme oeuvre de l'esprit. Par ailleurs, l'utilité du site internet ne doit pas être prise en considération pour accorder cette protection.

La Cour de cassation reconnaît donc la possibilité pour les juges du fond de qualifier un site internet d'oeuvre de l'esprit, à la seule condition, que celui-ci soit original. Il n'est donc ici encore aucunement question de rapprocher le site internet, du logiciel.

Il ressort clairement de ces différents éléments, qu'une distinction existe entre le logiciel et le site internet. L'application de l'article L335-2-1 entraîne donc une absence de sécurité juridique pour les administrateurs de sites internet.

Paragraphe 2 : Violation du principe de sécurité juridique du fait de l'application de l'article aux sites internet

172. Les parlementaires, lorsqu'ils ont voté le texte de l'article L335-2-1 du CPI, n'avaient envisagé son application que dans le cadre limité des logiciels, allant même jusqu'à remplacer le terme "dispositif" initialement prévu, par celui de "logiciel", afin de limiter les problèmes d'interprétation. Toujours dans un esprit de simplicité et de sécurité juridique, une circulaire¹⁰² explicite les conditions d'application des dispositions issues de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006.

173. Cette circulaire indique ainsi que *"la loi a créé des mesures nouvelles à l'encontre des logiciels dédiés ou utilisés pour la mise à disposition illicite d'œuvres ou objets protégés"*,

¹⁰⁰ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 mai 2011, 10-17.852, Inédit
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023998785>

¹⁰¹ Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2011, comm. 84
Droit d'auteur : un site Internet est une oeuvre de l'esprit !

¹⁰² Circulaire de la DACG n° 2007-1/G3 du 3 janvier 2007
http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/boj_20070001_0000_0007.pdf

que ces mesures visent *“spécifiquement à responsabiliser les éditeurs de logiciels de pair à pair afin que les internautes ne soient pas exclusivement visés par la répression de la contrefaçon”*.

La circule rappelle que *“l’éditeur ou le distributeur d’un logiciel d’échanges de données ou de fichiers qui n’est pas conçu ou spécialement configuré pour permettre de l’échange de fichiers contenant des œuvres contrefaites ne saurait tomber sous le coup de l’incrimination de l’article L. 335-2-1 du CPI.*

A l’inverse, ceux qui éditent ou distribuent des logiciels manifestement destinés à porter atteinte aux droits d’auteur ou droits voisins ou en font la publicité doivent faire l’objet de poursuites déterminées afin de tarir à la source les réseaux d’échanges illégaux”.

Enfin la circulaire précise que parmi les peines complémentaires pouvant être prises par les parquets, *“l’affichage du jugement de condamnation ou sa publication dans la presse ou sur les services de communication au public en ligne”* pourra être envisagé.

174. Il est donc évident que le texte n’a pas été créé pour une application à des sites internet et une telle application pose un problème sérieux de sécurité juridique.

L’article L335-2-1 du CPI, est inclus dans un Chapitre V “Dispositions pénales”, du fait de cet aspect pénal, ces dispositions doivent répondre au principe d’interprétation stricte de la loi pénale, prévu à l’article 111-4 du Code pénal. Ce principe, exclut le raisonnement par analogie, que l’on peut retrouver dans d’autres matières juridiques. Les dispositions de droit pénal étant souvent plus importantes, dans leurs retombées, que celles des autres matières, il est normal d’offrir aux individus, une certaine sécurité juridique.

175. En application de ce principe, les juridictions ne peuvent donc appliquer un texte expressément prévu pour les logiciels, à des sites internet, alors qu’il n’existe aucun rapprochement entre ces notions, ni dans les textes, ni dans la jurisprudence précédemment étudiés.

Chapitre 2 : Validité de la disposition vis-à-vis de la Directive de 1998 ?

176. Le législateur européen conscient de la nécessité d’harmoniser les différentes législations des États membres, a adopté la Directive 98/34/CE du 22 juin 1998. Cette

Directive introduit une obligation de notification pour les États membres souhaitant inclure une “règle technique” dans leur législation¹⁰³.

177. Une partie de la doctrine estime aujourd’hui, que l’article L335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, doit être qualifié de règle technique, et aurait donc dû faire l’objet d’une notification à la Commission européenne en application de cette Directive. Il sera donc nécessaire ici d’analyser dans un premier temps les conditions de l’obligation de notification issue de la Directive, puis de se concentrer plus précisément sur l’article L335-2-1 du CPI (Section 2), avant enfin, d’analyser les conséquences d’une absence de notification (Section 3).

Section 1 : Les conditions de l’obligation de notification

178. *“Considérant que, en vue du bon fonctionnement du marché intérieur, il est opportun d’assurer la plus grande transparence des initiatives nationales visant l’établissement de normes ou des règlements techniques” et “que les entraves aux échanges résultant des réglementations techniques relatives aux produits ne peuvent être admises que si elles sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives et poursuivent un but d’intérêt général dont elles constituent la garantie essentielle”*, le législateur européen soumet les États membres à un devoir de notification.

En application de l’article 8 de cette Directive *“les États membres communiquent immédiatement à la Commission tout projet de règle technique, sauf s’il s’agit d’une simple transposition intégrale d’une norme internationale ou européenne, auquel cas une simple information quant à la norme concernée suffit. Ils adressent également à la Commission une notification concernant les raisons pour lesquelles l’établissement d’une telle règle technique est nécessaire, à moins que ces raisons ne ressortent déjà du projet”*.

179. L’objectif de cet article est d’offrir la possibilité aux États membres “d’intervenir” dans le processus législatif d’un autre État membre, permettant ainsi une meilleure communication entre les membres de l’Union européenne et donc une harmonisation des règles. En permettant cette harmonisation des règles techniques, la Directive limite également les comportements dits de “forum shopping”, tout en garantissant une concurrence entre les États et une liberté d’établissement garantie.

¹⁰³ Pour une présentation générale de la directive voir R. MUNOZ, « L’application concrète du principe de transparence dans la sphère des services de la société de l’information », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2002, chron. 8

Afin d'atteindre ces différents objectifs, la Directive introduit une obligation de notification accompagnée d'une période de trois mois durant laquelle l'État ne peut adopter le texte. Cette période de gel permettant à la Commission et aux autres États membres, d'apporter des commentaires au projet notifié.

180. Comme le précise l'article 8, la notification est obligatoire dans les cas où une nouvelle règle technique est introduite au sein d'une législation nationale, sans pour autant être le résultat d'une transposition d'un texte de l'Union européenne.

L'article premier de la Directive, modifié par la Directive 98/48/CE¹⁰⁴, définit la «règle technique» comme *“une spécification technique ou autre exigence ou une règle relative aux services, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire de jure ou de facto, pour la commercialisation, la prestation de services, l'établissement d'un opérateur de services ou l'utilisation dans un État membre ou dans une partie importante de cet État, de même que, sous réserve de celles visées à l'article 10, les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres interdisant la fabrication, l'importation, la commercialisation ou l'utilisation d'un produit ou interdisant de fournir ou d'utiliser un service ou de s'établir comme prestataire de services”*.

La Directive prévoit également une définition du terme “service” qui correspond à *“tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services”*.

181. Il convient désormais de vérifier si l'article L336-5-2 du CPI devait faire l'objet d'une notification à la Commission en application de cette Directive.

Section 2 : La Directive et l'article L335-2-1

182. La Directive prévoit une obligation de notification dans les cas d'une règle technique, qui n'est pas le résultat d'une transposition. Nous examinerons donc dans un premier temps, si l'article L335-2-1 du CPI est une règle technique au sens de la Directive, et ensuite, si elle est le fruit d'une transposition en droit français d'une norme européenne.

¹⁰⁴ Directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

Paragraphe 1 : L'article L335-2-1 comme règle technique

183. L'article premier de la Directive, offre une définition très large de ce qu'est une règle technique. Il s'agit en effet d'une spécification technique ou d'une règle relative aux services, dont l'observation est obligatoire, pour la commercialisation d'un produit ou la prestation d'un service de la société de l'information dans un État.

184. L'article L335-2-1 vise à réguler la fourniture de logiciel sur le territoire national, en sanctionnant, les éditeurs qui mettent à disposition du public des logiciels manifestement destinés à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés.

Il convient donc de vérifier dans un premier temps, si la mise à disposition du public d'un logiciel doit être considérée comme un service de l'information, tel que défini par la Directive.

185. Aujourd'hui, lorsque l'on souhaite acquérir un logiciel nouveau, deux options s'offrent à nous. On peut, soit se rendre en magasin et acquérir une version physique du logiciel (le plus souvent sous la forme d'un disque), soit accéder au site internet de l'éditeur et télécharger une version dématérialisée du logiciel (le plus souvent sous la forme d'un fichier exécutable).

L'offre de logiciel, peut donc être effectuée à distance par voie électronique, et sera dans tous les cas (sauf exceptions des logiciels pré-installés) à la demande individuelle du destinataire de services, ici l'utilisateur.

Enfin, la Directive exige que le service soit normalement presté contre rémunération, il est évident ici, qu'avec le développement des nouvelles technologies, de plus en plus de logiciels sont gratuits au téléchargement, le plus souvent sous licence libre. Cependant, il est ici exigé que le service soit -normalement- offert contre rémunération, et l'on sait tous, qu'il existe encore des logiciels payants à l'achat. De plus en plus de logiciels, offrent également la possibilité d'acheter des améliorations ou du contenu additionnel, directement depuis le logiciel, on parle alors d'achats intégrés ou de "in-app purchase". Le service doit donc être considéré comme presté *normalement* contre rémunération.

186. Au vu de ces différents éléments, il est évident, que l'offre de logiciel en ligne, doit faire partie des services de l'information, tels que prévus par la Directive. Il convient désormais de vérifier si les règles issues de l'article L335-2-1 du CPI, doivent être qualifiées de règles techniques.

La Directive prévoit que constituent de *facto* des règles techniques “*les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d’un État membre qui renvoient soit à des spécifications techniques ou à d’autres exigences ou à des règles relatives aux services*”. L’article L335-2-1 est issu d’une loi, il doit donc être considéré comme une disposition législative. Par ailleurs, il a pour objectif de réguler l’édition de logiciel, qui comme nous l’avons vu, s’apparente à un service tel que défini par la Directive.

187. D’après ces premiers éléments, il est possible de conclure, à la nécessité de notifier ce texte à la Commission européenne. Or, les juridictions nationales, notamment dans la décision Gks.gs, évoquée précédemment, écarte cet argument en indiquant que ce texte est issu de la transposition d’une Directive et ne devait donc pas faire l’objet d’une notification.

Paragraphe 2 : Exception de transposition : texte de transposition

188. Les juges du TGI de la Rochelle dans l’affaire GKS, ont relevé que l’article L335-2-1 du CPI “*a été créé par l’article 21 de la loi n°2006-961 du 1er août 2006 et fait partie du titre I*”, relatif aux dispositions portant transposition de la Directive 2001/29/CE. Partant, les juges conviennent que cet article ne devait pas faire l’objet d’une notification.

Bien qu’intégré au sein du titre I de cette loi, rien ne prouve, dans le raisonnement des juges du fond, que cet article est effectivement issu de la Directive 2001/29/CE. En effet, l’article 10 de Directive, modifié par la Directive 98/48/CE prévoit que la notification n’est pas obligatoire pour les “*dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres ou aux accords volontaires par lesquels ces derniers se conforment aux actes communautaires contraignants qui ont pour effet l’adoption de spécifications techniques ou de règles relatives aux services*”.

189. Une disposition est normalement entendue comme une “*prescription énoncée dans un texte*” ou plus précisément comme “*une règle résultant expressément soit de la loi, soit d’un règlement*”¹⁰⁵.

A *contrario*, la Directive dans son article premier, précise que la norme est “*une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l’observation n’est pas obligatoire*”. La norme nationale étant ici, la “*norme qui est adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public*”.

¹⁰⁵ Éléments de définition issus de CORNU Gérard. Vocabulaire juridique. Paris : PUF, 2007, 8è éd

Au vu de ces éléments, il est nécessaire d'examiner la disposition en tant que telle¹⁰⁶, ici l'article 21 de la loi "DADVSI", et non le texte dans sa totalité. Ainsi, il importe peu que l'article 21 soit placé dans un titre regroupant les articles de transposition.

190. Comme évoqué, à plusieurs reprises, l'objectif de l'article 21 de la loi "DADVSI", et partant, de l'article L335-2-1, ici en cause, est de réguler la distribution de logiciel, en sanctionnant la mise à disposition des logiciels de P2P notamment.

Or, on ne retrouve aucune disposition équivalente dans la Directive 2001/29/CE. En effet, bien que s'inscrivant dans l'objectif de cette dernière, l'harmonisation et la protection du droit d'auteur et des droits voisins, l'article 21 dépasse ce qui était prévu par le législateur européen. Comme le relève le professeur Benabou "*le législateur national doit transposer l'idée, et non la lettre de la directive. Il n'est pas obligé de transposer mot à mot le texte de la directive, ce qui est de nature à lui conférer une latitude d'appréciation et d'interprétation non négligeables. Mais il doit cependant s'inscrire dans la logique de la directive*"¹⁰⁷.

Au vu de l'ensemble de la Directive de 2001, des objectifs poursuivis par l'article 21, mais également du fait que cet article soit issu d'un amendement "à charge" visant à mettre un terme au P2P, il est évident que cet article ne peut être considéré comme transposant la Directive, comme cela est relevé par les juges du fond.

Il est donc nécessaire maintenant d'observer les effets de l'absence de notification.

Section 3 : Les effets de l'absence de notification

191. Bien que la Directive ne prévoit pas de conséquences en cas d'absence de notification, les juges européens se sont penchés davantage sur la question du non respect de cette exigence.

Le 30 avril 1996, les juges européens ont rendu une décision «CIA Security» qui précise les effets de la Directive. Ainsi d'après eux, lorsqu'une disposition nationale n'a pas été notifiée conformément à la Directive 98/34/UE, celle-ci peut être déclarée inopposable aux particuliers par une juridiction nationale.

¹⁰⁶ À cet égard, voir la récente notification de certains articles de la loi Projet de loi pour une République numérique

<http://www.nextinpact.com/news/100097-la-loi-lemaire-obligee-dattendre-rentree.htm>

¹⁰⁷ Benabou Valérie-Laure, «La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur», LEGICOM 1/2004 (N° 30) , p. 23-36

www.cairn.info/revue-legicom-2004-1-page-23.htm

Cette position est également partagée au niveau national, puisque le premier ministre via une circulaire du 9 décembre 1999 recommande *“de faire preuve de vigilance quant au respect de ces nouvelles règles procédurales. Je rappelle à cet égard que, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les normes qui n'ont pas été notifiées aux instances communautaires avant leur édicition alors que cela était prescrit par la directive ne sont pas opposables aux tiers”*¹⁰⁸.

192. Enfin le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 10 juin 2013, a sanctionné un texte pour défaut de notification à la Commission européenne en application de la Directive¹⁰⁹.

Dans cette affaire, un particulier a demandé au Conseil d'État de se pencher sur un arrêté du 19 février 2010, désignant l'Afnic comme office d'enregistrement des noms de domaine en “.Fr”. Dans sa lignée, l'État a passé une convention avec cette association pour la gestion du “.Fr”. Le demandeur a requis l'annulation de ces deux textes, faute de notification.

Le Conseil d'État a fait plein droit à cette demande en relevant *“que l'arrêté et la convention attaqués devaient, être notifiés à la Commission européenne en application des dispositions de l'article 8 de la directive”*, que cette notification n'ayant pas été effectuée, *“ces deux actes ont été pris à l'issue d'une procédure irrégulière [...] le requérant est dès lors fondé à en demander l'annulation”*, avant de conclure *“que le vice de procédure affectant les actes attaqués doit entraîner leur annulation totale”*.

Il ressort de ces différents éléments, que le texte non-notifié devra être annulé en cas de demande devant une juridiction. À l'heure actuelle une seule demande, concernant cet article, a été effectuée dans l'affaire GKS déjà évoquée. Cette affaire fait aujourd'hui l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Poitiers, il est donc nécessaire d'attendre cette nouvelle décision.

¹⁰⁸ Circulaire du 9 décembre 1999 relative à la procédure d'information des autorités communautaires avant l'édiction de règles applicables aux services de la société de l'information
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000762188&categorieLien=cid>

¹⁰⁹ Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10/06/2013, 337320
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000027531292>

Conclusions

193. Il est évident que la lutte contre les plateformes de streaming doit être aujourd'hui la priorité, en matière de propriété intellectuelle.

Pour autant, en l'état actuel du droit, ces plateformes doivent être considérées comme des hébergeurs au sens de la LCEN et de la Directive e-commerce, et bénéficient donc, du régime de responsabilité limitée. Un tel régime exclut l'application des textes du Code de la propriété intellectuelle, en ce que l'hébergeur ne peut-être tenu responsable des contenus soumis par les utilisateurs. La position actuellement défendue par les juridictions est donc nécessairement contraire à ces textes.

Par ailleurs, si l'on retient l'exclusion du statut d'hébergeur, pour ces plateformes, en avançant notamment qu'elles ont nécessairement connaissance de l'illicéité des contenus, l'article L335-2-1 du CPI, ne peut être appliqué en l'état. Comme nous avons eu l'occasion de le relever, son application est expressément réservée aux logiciels, et un site internet ne peut être considéré comme tel. En outre, ce texte devait faire l'objet d'une notification à la Commission européenne, en application de la Directive 98/34/CE, en l'absence de celle-ci, il doit être annulé et ne peut être appliqué par les juridictions.

Au vu des ces différents éléments, il est nécessaire de réformer le droit applicable. Afin d'atteindre cet objectif, plusieurs solutions sont envisageables.

194. Dans un premier temps une refonte du statut des hébergeurs, permettant d'exclure les plateformes de streaming, et plus généralement les sites facilitant l'accès à des contenus illicites.

Comme nous avons pu le voir, plusieurs méthodes sont ici envisageables, d'un point de vue pratique par ailleurs, la méthode proposée par le Professeur Sirinelli nous paraît être la plus efficace. Pour rappel, le Professeur propose l'ajout d'un nouveau considérant 16 bis à la Directive 2001/29 prévoyant notamment que les *“prestataires de services de la société de l'information dont l'intervention consiste à donner au public accès à des œuvres et/ou à des objets protégés ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue à d'autres fins par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique. Il est indifférent à cet égard que les infrastructures ou fonctionnalités grâce auxquelles ces prestataires donnent au public un tel accès à des œuvres et/ou à des objets protégés revêtent un caractère automatisé, celui-ci n'excluant pas la mise en œuvre des droits protégés par la présente directive”*.

195. Par ailleurs, on peut également envisagé d'exclure directement la qualification d'hébergeur au sein même de la LCEN ou de la Directive e-commerce, pour les plateformes de streaming. Pour se faire, on peut notamment s'inspirer du modèle canadien¹¹⁰ qui prévoit qu'un hébergeur est responsable des contenus soumis par ses utilisateurs, lorsque celui-ci *“a fait valoir, même implicitement, dans le cadre de la commercialisation du service ou de la publicité relative à celui-ci, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur”*, ou encore lorsque les utilisateurs savaient *“que le service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important de ces actes”*. Les juridictions peuvent également se baser sur *“la viabilité économique de la fourniture du service si celui-ci n'était pas utilisé pour faciliter l'accomplissement de ces actes”*, afin de décider si le statut d'hébergeur doit être retenu ou non. Le modèle allemand est également basé sur cette méthode.

196. Une autre solution serait d'envisager des sanctions plus importantes en cas d'absence de réponses aux notifications des ayants droit. Comme le relève Mireille Imbert-Quaretta dans son rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites, *“on peut envisager également le blocage du nom de domaine d'un site qui aurait fait l'objet de la procédure d'alerte proposée dans le rapport. En effet, la procédure d'alerte permettrait d'identifier parmi les sites confrontés à la présence de contenus illicites, ceux qui auraient un comportement négligent dans la protection des droits d'auteur, justifiant la mise en place de mesures de blocage à leur égard par les sites de référencement”*¹¹¹.

197. Au-delà de la réforme du statut d'hébergeur, l'article L335-2-1 du CPI et plus généralement les dispositions relatives au droit d'auteur, doivent également faire l'objet d'une modification, afin de prendre en compte les sites internet, et non plus seulement les logiciels. Comme le relève Mireille Imbert-Quaretta dans son rapport, l'article L335-2-1 du CPI est prévu pour les logiciels, notamment de P2P. Cependant, une application, dans un tel cadre, pose aujourd'hui des problèmes, notamment d'identification, et conduit à une absence totalement de résultats. Par ailleurs, les juridictions dépassent aujourd'hui le cadre défini par le législateur, en appliquant cette infraction à des sites internet. Afin de garantir une sécurité juridique, le rapport propose de redéfinir le champ de l'article L.335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹⁰ <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/section-27-20141209.html#wb-cont>

¹¹¹ À cet égard voir affaire Allostreaming et W. DUHEN, "Allostreaming, une décision intelligente ne résolvant pas toutes les problématiques du contentieux sur Internet." RLDI 100 (2014)

“Serait ainsi clarifié le rôle des sites de contenus et de référencement qui incitent de façon active les internautes à mettre à disposition ou rechercher des contenus illicites et renforcerait les outils de sanction à leur égard”. Le rapport relève cependant qu’une *“telle extension devrait être analysée au regard d’un certain nombre d’exigences, à savoir le principe de nécessité des délits et des peines, la garantie de l’équilibre entre la préservation des droits fondamentaux touchant à la communication sur Internet et l’exigence de la poursuite des auteurs d’infraction”*. Une telle modification, dans l’hypothèse d’une réforme parallèle du statut des hébergeurs, permettrait de poursuivre en accord avec les textes, les plateformes de streaming.

198. Ici encore, on peut se baser sur la législation canadienne qui prévoit que *“constitue une violation du droit d’auteur le fait pour une personne de fournir un service sur Internet ou tout autre réseau numérique principalement en vue de faciliter l’accomplissement d’actes qui constituent une violation du droit d’auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service”*. Une autre méthode serait de réintroduire la notion de “dispositif” dans l’article L335-2-1 du CPI, à la place du terme “logiciel”, ou encore d’ajouter à ce dernier la notion de “service de communication au public en ligne”.

199. En conclusion, bien que la lutte contre les plateformes de streaming soit indispensable, à l’heure où seuls les téléchargements par P2P permettent la poursuite des utilisateurs, il est nécessaire, par ailleurs de respecter les textes et de garantir une sécurité juridique aux responsables de ces sites Internet.

Comme nous l’avons vu tout au long de cette étude, l’arsenal juridique, ne permet pas à l’heure actuelle de concilier ces deux aspects. Afin de mettre un terme à cette situation, il est nécessaire d’envisager une refonte du statut des hébergeurs, en excluant les plateformes de streaming, ainsi qu’une réforme des dispositions du Code de propriété intellectuelle, afin de prendre en compte ces dernières de façon claire et précise.

C’est seulement en agissant de cette manière, que les juridictions rendront des décisions à l’encontre des plateformes de streaming, tout en garantissant à ces dernière la sécurité juridique nécessaire à l’exercice des libertés sur Internet.

200. Comme souvent, Internet, apparaît ici comme un facteur de complication, pour autant, la lutte contre ces nouveaux acteurs n’est pas vaine et demande simplement une modification du droit actuel.

Bibliographie

Ouvrages Juridiques

CORNU, Gérard. Vocabulaire juridique. Paris : PUF, 2007, 8^e éd

HUET, Jérôme, et DREYER Emmanuel. Droit De La Communication Numérique. Paris: LGDJ-Lextenso Éd., 2011

GRYNBAUM, Luc, LE GOFFIC Caroline, et MORLET Lydia. Droit Des Activités Numériques. Paris: Dalloz, 2014

Revue Juridiques

BENABOU, Valérie-Laure, "La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur", LEGICOM 30 (2004)

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. "Liens Hypertextes, Notice And Stay Down". La Semaine Juridique Entreprise et Affaires 42 (2016)

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. "Circulez, Il n'y a (plus rien) à juger !". PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES 54 (2015)

CARON, Christophe. "Droit d'auteur : un site Internet est une oeuvre de l'esprit !". Communication Commerce électronique 10 (2011)

CARON, Christophe. "Responsabilité des Hébergeurs : Requiem pour le « Take Down, Stay Down »". Communication Commerce électronique 9 (2012)

CARON, Christophe. "Important arrêt sur les liens hypertextes". Communication Commerce électronique 4 (2014)

CARON, Christophe. "La « transclusion » ou l'utilisation licite de l'oeuvre d'autrui sur Internet". Communication Commerce électronique 12 (2014)

DEBET, Anne. "Affaire Dailymotion : Les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs." La Semaine Juridique Edition Générale 18 (2011)

DUBOIS, Lorette, et GAULLIER Florence. "Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : Quelles conséquences pratiques ?". Revue Lamy Droit de l'Immatériel 109 (2014)

DUHEN, William, "Allostreaming, une décision intelligente ne résolvant pas toutes les problématiques du contentieux sur Internet." RLDI 100 (2014)

"Google doit respecter les droits d'auteur". La Semaine Juridique Édition Générale 35 (2012)

HARDOUIN, Ronan. "Dailymotion hébergeur et... bon samaritain ?". Revue Lamy Droit de l'Immatériel 67 (2011)

HARDOUIN, Ronan. "Du copulatif au passif ou comment la conjonction "et" ajoute une condition pour jouir du régime de l'hébergeur". Revue Lamy Droit de l'Immatériel 61 (2000)

LECOMTE, Frédéric, et BÉGUÉ Alban. "Panorama des régimes d'(ir)responsabilité applicables à Google." Revue Lamy Droit De L'Immatériel 105 (2014)

LEPAGE, Agathe. "La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux" Communication Commerce électronique 7-8 (2013)

LOISEAU, Grégoire. "Recherche statut d'hébergeur désespérément." Communication Commerce électronique 5 (2015)

MENDOZA-CAMINADE, Alexandra. "Les risques numériques à l'épreuve du droit : L'exemple du lien hypertexte". Revue Lamy Droit de l'Immatériel 39 (2008)

MUNOZ, Rodolphe. " L'application concrète du principe de transparence dans la sphère des services de la société de l'information". Communication Commerce électronique 3 (2002)

"Victoire de la ligue de football contre le streaming illégal." Revue Lamy Droit De L'Immatériel 114 (2015)

VIVANT, Michel. "La responsabilité des intermédiaires de l'Internet", JCP éd. G, n° 45-46, 10 novembre 1999, p. 2023.

Rapports

ARTICLE 19,. Response To EU Consultation On E-Commerce Directive. 2010

ASIC, Communiqué de presse de l'ASIC du 9 mai 2016 - Projet de loi République Numérique voté par le Sénat Demain tous surveillés ...

ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE,. Une Conciliation Compatible Avec La Convention De Berne Des Hyperliens Et Du Droit De Communication Au Public Sur Internet. 2015.

COMMISSION EUROPÉENNE, Study on the liability of internet intermediaries. 2007

Computer & Communication Industry Association, CCIA Comments On The GS Media Case (C-160/15). 2016

CONSEIL D'ÉTAT, Les rapports du Conseil d'État - Le numérique et les droits fondamentaux. 2014

CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, Rapport au Gouvernement sur l'application du décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD). 2013

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, Rapport de la commission spécialisée sur les prestataires de l'internet. 2008

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, Rapport de la Commission du CSPLA relative au référencement des œuvres sur Internet. 2013

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, Mission du CSPLA sur l'articulation des directives 2000/31 "commerce électronique" et 2001/29 "société de l'information". 2015

HADOPI, . Etude Du Modèle Économique De Sites Ou Services De Streaming Et De Téléchargement Direct De Contenus Illicites. 2012

LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, . RECOMMANDATION - HYPERLIENS : STATUT JURIDIQUE. 2003

MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, Communiqué de presse du 14 avril 2015 relatif à la création d'une charte visant à empêcher l'usage de moyens de paiement dématérialisés aux sites qui violent le droit d'auteur. 2015

MUSO, Global Piracy Report 2015

NATIONS UNIES, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. 2011

QUADRATURE DU NET, Censorship and Freedom of Expression. 2016

Sites Internet

DESZPOT, Thomas. "Pionnier du streaming, Radioblog a déchanté" - l'imprévu.fr

FONDEVILLE et JOUANNON. "Le « manifestement illicite », mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur" - Juriscom.net

GRÉARD, Caroline. "Le marché de la vidéo s'accroche : la SVOD en croissance" - ariase.com

HERNANDEZ, Patricia. "Thousands of People Have Watched Leaked Fallout 4 Footage On Pornhub" - Kotaku.com

REES, Marc. "DADVSI : adoption de l'amendement Vivendi Universal" - NextImpact.com

REES, Marc. “La loi Lemaire obligée d'attendre la rentrée” - NextImpact.com

THOUMYRE, Lionel. “Cass civ 1, 14 janvier 2010 : l'hébergement 2.0. cassé ? pas encore !” - Juriscom.net

VANBASTEN. “Les pirates délaissent les sites de torrent pour le Streaming et le DDL” - Nextwarez.com

VAN DER SA, Ernesto. “ANTI-PIRACY GROUP WANTS TO TAKE DOWN ‘THE INTERNET’” - torrentfreak.com

VAN DER SA Ernesto. “SPORTS STREAMING / TORRENT LINKS SITE VICTORIOUS IN COURT” - torrentfreak.com

WIDMER, Aurore. “DEEP WEB, LA FACE CACHÉE D'INTERNET... OU COMMENT RECEVOIR UN KILO DE COCAÏNE PAR LA POSTE”. - ECS DIGITAL

“Un bref historique de l'Internet” - Internet Society

Décisions de justice

Demande de décision préjudicielle présentée par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) le 7 avril 2015 - GS Media BV/ Sanoma Media Netherlands BV e.a. (Affaire C-160/15)

CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg

CJUE, 9e ch., 21 octobre 2014, aff. C-348/13, BestWater International GmbH/Michael Mebes et Stefan Potsch

CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12 UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH

CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB

CJUE, 23 mars 2010, Google France et Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SARL, CNRRH Affaire jointe C-236/08 à C-238/08 -

Décision du Conseil constitutionnel n°2004-496 DC du 10 juin 2004

Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, 11-84.224, Publié au bulletin

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 juill. 2012, n° 1113.669, Sté Google France et a. c/ Sté Bach films et a.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 mai 2011, 10-17.852, Inédit

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 février 2011, 09-67.896, Sté Nord-Ouest et a. c/ SA Dailymotion

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 janvier 2010, 06-18.855, Publié au bulletin

Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 10/06/2013, 337320

Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 1 Arrêt du 13 octobre 2010 Roland Magdane et autres / DailyMotion

Cour d'appel de Versailles, 1re ch., 25 mars 2004, F. Zamarreno c/ Sté Log-Acces

Cour d'appel de Paris 15 mai 2002 AltaVista c/ Matelstom

TGI de la Rochelle du 22 octobre 2015 Boris.P c/ Sacem et Autres

TGI Paris, 5ème ch., 2ème sect., 19 mars 2015, La Ligue de Football Professionnel (LFP) c. / Puerto 80 Projects, S.L.U

Demande d'avis n° F 1470004 Séance 26 mai 2014 TGI de Paris (17ème chambre correctionnelle)

TGI Paris, 15 avril 2008, Jean-Yves Lafesse c/ Dailymotion

TGI Paris Ordonnance de référé 29 octobre 2007 - Marianne B. et autres / Wikimedia Foundation

TGI de Paris, 13 février 2001, SNC Prisma Presse et EURL Femme / Charles V. et association Apodeline

Tribunal de commerce de Lyon Ordonnance de référé du 22 octobre 2001, Sarl Avant-Première Design Graphique / Sarl Adgensite

Législations

Directive du conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE)

Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

Directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

Directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»)

Loi n° 861067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard)

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Loi n° 2009258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision

Projet de Loi pour une République numérique dans sa version du 3 mai 2015

Arrêté du 22 décembre 1981 ENRICHISSEMENT DU VOCABULAIRE DE L'INFORMATIQUE

Circulaire du 9 décembre 1999 relative à la procédure d'information des autorités communautaires avant l'édiction de règles applicables aux services de la société de l'information

Circulaire de la DACG n° 2007-1/G3 du 3 janvier 2007

Délibération n°2006-138 du 9 mai 2006 décidant de la dispense de déclaration des traitements constitués à des fins d'information ou de communication externe

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42)

Table des matières

Plan	3
Introduction	4
PARTIE 1 : Qualification des plateformes de streaming	12
Chapitre 1 : Recherche de qualification pour la plateforme en application de la LCEN	12
Section 1 : Hébergeur ou Éditeur ?	14
Paragraphe 1 : Concordance de l'activité de la plateforme avec les éléments de définition offerts par la Directive	15
1. Distinction des différents services de communication	15
2. Service de communication au public en ligne?	17
a. Les services de communication audiovisuel	17
b. Les services de communication au public en ligne	18
Paragraphe 2 : Application des caractéristiques dégagées par la LCEN	20
Paragraphe 3 : Le devoir de neutralité de l'hébergeur	21
1. La décision de la CJUE du 23 mars 2010 et ses effets sur la qualification d'hébergeur	21
2. Recherche du critère de neutralité chez les plateformes	24
Paragraphe 4 : Rapprochement avec les décisions relatives au statut des moteurs de recherche et des agrégateurs de contenus.	28
1. Le statut appliqué par les juridictions nationales aux moteurs de recherche	29
2. Le statut appliqué par les juridictions nationales aux agrégateurs de contenus	29
Section 2 : Évolutions envisageables quant au statut des plateformes de streaming	30
Paragraphe 1 : Débats et propositions au niveau national	31
1. Création d'une nouvelle catégorie de prestataire intermédiaire	31
2. Réforme de la Directive 2001/29 afin de préciser la qualification d'hébergeur	32
3. L'hébergeur, simple relais entre uploader et ayant droit	34
Paragraphe 2 : Législations mises en place dans les autres pays membres	36
1. Création d'un statut spécifique lors de la transposition de la Directive	36
2. L'assèchement des ressources des plateformes par l'arrêt de la publicité	38

Chapitre 2 : La valeur du lien hypertexte	40
Section 1 : Le lien comme acte de contrefaçon par représentation	43
Section 2 : Le lien hypertexte comme acte de communication au public	46
Paragraphe 1 : La nécessaire intervention du juge européen	46
1. L'arrêt Svensson, et la nécessité d'un public nouveau	47
2. L'arrêt Bestwater, et le cas du framing	49
Paragraphe 2 : Le lien pointant vers l'illicite avec GS MEDIA c/ SANOMA	52
Section 3 : La qualification de "manifestement illicite" pour un lien hypertexte	55
PARTIE 2 : Application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux plateformes	59
Chapitre 1 : Le site internet et le logiciel	61
Section 1 : L'application de l'article L335-2-1 du CPI au logiciel	61
Paragraphe 1 : Le logiciel et sa définition	62
Paragraphe 2 : La genèse du texte	63
Paragraphe 3 : L'application de l'article L335-2-1 par la Cour de cassation	64
Section 2 : L'application de l'article L335-2-1 du CPI au site internet	65
Paragraphe 1 : Le site internet et sa définition	66
1. La distinction au sein du CPI	66
2. La distinction réalisée par les juridictions en matière de droit d'auteur	67
Paragraphe 2 : Violation du principe de sécurité juridique du fait de l'application de l'article aux sites internet	69
Chapitre 2 : Validité de la disposition vis-à-vis de la Directive de 1998 ?	70
Section 1 : Les conditions de l'obligation de notification	71
Section 2 : La Directive et l'article L335-2-1	72
Paragraphe 1 : L'article L335-2-1 comme règle technique	73
Paragraphe 2 : Exception de transposition : texte de transposition	74
Section 3 : Les effets de l'absence de notification	75
Conclusions	77
Bibliographie	80