



La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Pierre Sirinelli

*Professeur à l'université Paris-I : Panthéon Sorbonne
Doyen honoraire de la faculté Jean Monnet
Directeur du Master « droit, innovation, communication, culture »*

La question à traiter suppose l'articulation de deux directives communautaires aux objectifs différents

La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, qui a pour objectif une meilleure protection des auteurs, donc des contenus

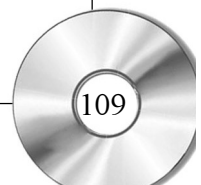
La directive du 8 juin 2000, qui traite du commerce électronique et qui, pour favoriser l'essor de la société de l'information, met en place des systèmes d'irresponsabilité conditionnelle au profit de certains prestataires de l'Internet.

À chaque directive son objectif et, a priori, les frontières paraissent bien tracées Mais le Web 2, a involontairement remis en cause cette répartition car la logique est ici d'offrir aux internautes, par l'intermédiaire d'une structure d'accueil, la possibilité de « poster » des contenus de leur choix.

D'après certaines études, il y aurait plus de 100 millions de vidéos visionnées chaque jour sur YouTube, et plus de 65 000 vidéos seraient postées quotidiennement (YouTube recevrait 15 heures de vidéo / minute). YouTube en 2008 a généré, à lui tout seul, un trafic égal à celui de tout l'Internet pour l'an 2000, année de l'adoption de la directive e-commerce

Le problème est que nombre de ces contenus sont contrefaisants.

En pratique, les ayants droit qui veulent faire respecter leurs droits de propriété littéraire et artistique se retrouvent dans la situation inconfortable suivante.





Prof. Pierre Sirinelli

Constatant les actes de contrefaçon, ils ne peuvent agir directement contre l'internaute qui est à l'origine des faits avant d'avoir obtenu, dans les conditions prévues par la loi, les informations nécessaires sur l'identité de ces personnes.

Désireux d'agir directement contre le prestataire technique et persuadés que l'activité en cause ne peut être qualifiée d'hébergement au sens de la directive e-commerce, les ayants droit seront malgré tout enclins, à titre de précaution, pour le cas où la qualification d'hébergement serait retenue, à s'inscrire dans la logique d'une notification au prestataire du contenu illicite prévue par la loi française de transposition, dite « loi pour la confiance dans l'économie numérique » et à procéder en conséquence à des notifications lourdes et onéreuses.

Agissant de la sorte l'ayant droit n'est même pas certain qu'il obtiendra le retrait du contenu contrefaisant ou la cessation du trouble. En effet, l'hébergeur dispose de la liberté de ne pas obtempérer dès lors qu'il estime le contenu non manifestement illicite. Et cela alors même que ce prestataire n'ignore pas que l'ayant droit qui procéderait à une notification qu'il sait inexacte (dénonciation abusive) engagerait sa responsabilité.

L'examen du droit positif (Première Partie) montre que le système mis en place par la directive (et relayée par la loi française de transposition) ne permet pas de résoudre de façon heureuse les difficultés. Sans doute parce que ce texte qui n'a pourtant pas 10 années d'existence apparaît d'ores et déjà comme peu adapté à la nouvelle situation technique, économique ou sociale... C'est sans doute la raison pour laquelle d'autres stratégies sont envisagées par les différents protagonistes (deuxième partie).



La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Première partie - Les solutions relatives aux sites contributifs du Web 2.0 en l'état actuel du droit

Comme on l'a indiqué, la première démarche accomplie par certains ayants droits a été judiciaire (A). Mais, parallèlement à cela, certains accords ont été conclus (B)

A – La voie judiciaire

La voie judiciaire a été entreprise par certains aussi bien dans le but d'obtenir le retrait des œuvres contrefaisantes que par désir de voir les juges dire le droit. Cela ne signifie pas pour autant que les textes manquaient. C'est plutôt un conflit de normes qui existait.

Deux séries de questions ont cristallisé le débat et ont été facteurs d'incertitude :

- d'une part, la qualification de l'activité du prestataire du Web2.0 (YouTube est-il un hébergeur ou répond-il à un autre statut ?) (1);
- d'autre part, le contenu du régime juridique applicable après qualification (2).

I – La question de la qualification

a- Enjeux de la qualification

Le système mis en place par la directive e-commerce à propos de l'activité d'hébergement est très avantageux pour la personne qui peut recevoir la qualification d'hébergeur.

En effet, un hébergeur ne peut voir sa responsabilité engagée que si,

- i) ayant connaissance de l'existence des faits illicites,
- ii) il reste passif alors
- iii) qu'il dispose des moyens de faire cesser le trouble.

Ce qui a parfois été présenté dans le schéma suivant : « *pouvoir, savoir, inertie* ».



Prof. Pierre Sirinelli

En revanche, s'il ne peut bénéficier de ce statut parce que cette qualification serait rejetée, sa responsabilité de plein droit, du seul fait de la présence du contenu illicite, pourrait être engagée.

Il serait alors dans la même situation qu'un journal ou une télévision mettant à la disposition des oeuvres.

b- Raisonement adopté

Sans trancher ici la question de savoir quelle qualification adopter, tâche délicate puisque cela est affaire de circonstances, il convient ici simplement de s'attarder sur le raisonnement qui est conduit par les tribunaux, le plus souvent à la suite de celui des conseils des parties.

Il y a lieu de constater, premièrement, que le plus souvent le raisonnement est inversé par rapport à la logique ludique et, deuxièmement, qu'il a parfois recours à des notions ou des définitions pourtant inexistantes.

Sur la question essentielle de la qualification de l'activité (hébergeurs ou non ?) certains avocats raisonnent à partir de définitions (comme celle d' « éditeur ») qui n'existent pas dans les textes, parfois en les exposant avec des guillemets comme s'il existait des définitions officielles !

Ou encore, quand les définitions existent, en les reproduisant de manière tronquée ce qui est de nature à en changer et le sens et la portée....

Ensuite, le raisonnement est conduit au rebours de ce que la Logique et le Droit imposent.

Au lieu de se demander si le prestataire technique est bien un hébergeur et répond aux critères qui commandent cette qualification, un grand nombre de décisions analysent le statut d'éditeur (inexistant) pour, une fois celui-ci rejeté, appliquer le régime de l'hébergeur sans vérifier la réunion des conditions qui en fondent la qualification⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La formulation utilisée par le jugement précité du Tribunal de commerce de Paris du 20 février 2008 est particulière symptomatique : « il en résulte que Google Inc. et Google France n'ont pas la qualité d'éditeur, et qu'elles agissent donc, en exploitant le service Google Vidéo, en qualité d'hébergeur. »



La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Or ce sont bien les conditions de mise en œuvre d'un statut exceptionnel qui sont en cause.

Seules ces dernières doivent être examinées. Et si ces conditions ne sont pas remplies il doit y avoir retour au droit commun, c'est-à-dire la responsabilité de plein droit !

En faisant porter, sur l'ayant droit demandeur, le fardeau de la preuve de la possibilité d'application du régime d'éditeur (qui n'existe pas) le raisonnement judiciaire réalise une inversion inadmissible des relations entre droit commun et droit spécial.

Enfin, les décisions retiennent, au gré des affaires, des critères différents pour admettre ou rejeter la qualification d'éditeur. A appliquer des critères différents, on aboutit nécessairement à des solutions différentes, ce qui exclut toute prévisibilité et toute sécurité juridique.

II - Régime juridique applicable

Dans la mesure où il existe davantage de décisions ayant tranché le conflit de qualification en faveur de celle d'hébergeur il convient d'envisager le régime juridique que les juridictions appliquent en pareil cas.

Un examen rapide de la jurisprudence permet de se rendre compte que les tribunaux procèdent à un aménagement du régime prévu par la directive et la loi pour la confiance en l'économie numérique et que, pour l'essentiel, cet aménagement va dans le sens d'une grande rigueur, voire d'un alourdissement des obligations mises à la charge des prestataires pourtant qualifiés d'hébergeur.

Cela se manifeste dans sur l'obligation d'identification (a) de l'héberger que dans l'obligation de retrait (b) des contenus illicites dès lors que l'élément de connaissance est rempli.

a - Obligation d'identification de l'internaute (« posteur ») fournisseur de contenu.

Dans toute civilisation la contrepartie de la liberté a toujours été la responsabilité. Lorsqu'un dommage est commis il faut qu'un responsable puisse en répondre.



Prof. Pierre Sirinelli

Si l'on part du postulat suivant lequel ce répondant n'est pas le prestataire technique qui, en tant que hébergeur, bénéficie de l'irresponsabilité conditionnelle posée par la directive, il est nécessaire que l'ayant droit lésé puisse remonter jusqu'à celui qui est à l'origine de son préjudice : l'internaute posteur

Pour ce faire, la loi française de transposition de la directive exige de l'hébergeur qu'il réunisse des éléments d'identification susceptibles de donner à l'ayant droit la chance de remonter au posteur⁽²⁾.

Cette préoccupation se manifeste de deux façons.

Sur le plan judiciaire, même s'il existe quelques hésitations jurisprudentielles, il a été considéré (arrêt de la cour de Paris du 12 décembre 2007) que l'adresse IP n'est pas suffisante en ce qu'elle ne permettrait pas d'identifier directement l'hébergé⁽³⁾ ! Il est donc demandé à la personne qui se présente comme un hébergeur d'être plus diligente dans la collecte d'informations relatives à l'identité de l'hébergé et d'être en mesure de fournir des données du monde matériel. Ainsi, les juges n'hésitent pas à sanctionner l'hébergeur qui n'aurait pas eu le réflexe de vérifier des informations qui paraissent manifestement fantaisistes.

Sur le plan parlementaire, il a été suggéré (rapport précité de M. Jean Dionis du Séjour⁽⁴⁾) que l'hébergeur qui manquerait à cette obligation essentielle, quand bien même elle serait délicate à exécuter, serait susceptible de devenir un responsable de premier rang de la contrefaçon.

⁽²⁾ Voir, à ce propos, le rapport parlementaire du député Jean Dionis du Séjour : « l'exonération de responsabilité de l'hébergeur repose sur les moyens qu'il offre pour permettre le transfert de cette responsabilité aux éditeurs, d'une part, et sur sa prompte ou bonne volonté à assurer le « nettoyage » du site en cas de signalement, voire à permettre la dénonciation du coupable, de l'autre ».

Faute de mettre en œuvre les moyens appropriés, non seulement l'hébergeur risque jusqu'à un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, mais en outre, en cas d'infraction de la part d'un éditeur, il peut voir sa responsabilité pénale ou civile engagée au titre de cette infraction ».

⁽³⁾ Adde : CA Paris, 13^e ch., sect. B, 27 avr. 2007 ; CA Paris, 13^e ch., sect. A, 15 mai 2007 : RLDI 2007/29, n° 970, obs. Drouard E. et n° 971, obs. Szuskin L. et de Guillenchmidt M.), précisant que « l'adresse IP, si elle constitue une donnée personnelle, ne permet d'identifier qu'un ordinateur ».

⁽⁴⁾ précité



La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Il s'exposerait ainsi, non seulement, aux sanctions qui accompagnent une mauvaise exécution de cette obligation d'identification (un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende), mais également aux conséquences, en termes de responsabilité civile, de la présence d'un contenu illicite.

b - Responsabilité du fait du caractère illicite du contenu hébergé

L'idée, on l'a vu, qui sous-tend le régime est que les prestataires techniques ne peuvent être responsables de faits dont ils ignorent l'existence ou qu'ils ne peuvent contrôler. Mais les raisons de cette irresponsabilité conditionnelle en marquent également les limites et ce régime favorable prend fin dès lors qu'il est prouvé que le prestataire n'ignorait pas l'existence d'actes illicites et que, malgré cette connaissance et la possibilité d'agir pour faire cesser le trouble, il est resté inactif.

Le régime est donc celui de la responsabilité pour faute prouvée mais avec des obligations allégées à la charge de l'hébergeur, non tenu à un devoir de vigilance. Par rapport à la notion cadre de « bon père de famille » qui irrigue tout le droit de la responsabilité, le « bon prestataire », dont l'attitude servira de référence est, suivant ces textes, celui qui se montre diligent en retirant « promptement » un contenu qu'il héberge et dont il a eu connaissance du caractère illicite.

Pour l'essentiel, le débat est, en pratique, centré sur l'exigence liée à la connaissance des faits illicites.

- *Quand l'hébergeur peut-il être réputé connaître l'existence de ces faits ?*

- *Sur quoi la connaissance doit-elle porter ? Simple connaissance des faits ou connaissance du caractère illicite de ces faits ?*

- *Que doit-il faire une fois cette connaissance réputée acquise ?*



Prof. Pierre Sirinelli

Si le régime mis en place par la LCEN paraît simple à expliquer sa mise en œuvre a montré l'existence d'importantes divergences dans l'interprétation des textes. Le plus remarquable n'étant pas que ces différences séparent des personnes aux intérêts ou approches antagonistes mais que les tribunaux paraissent faire du donné légal une lecture non univoque. Le flou régnant en la matière étant une nouvelle fois synonyme d'insécurité.

Les solutions en définitive retenues ne satisfont pleinement ni les ayants droit ni tous prestataires techniques. L'analyse de la jurisprudence montre que l'obligation relative au retrait est appréhendée de manière exigeante, ce qui ira sans doute en s'aggravant.

La loi impose l'obligation de faire cesser le trouble. Ce que les juristes anglo-saxons appellent « *take down* » (a) Mais à ce devoir, la jurisprudence en ajoute parfois un autre : déployer des moyens afin que le trouble ne se reproduise plus. Ce que les juristes anglo-saxons dénomment « *stay down* » (b).

- L'obligation d'agir « promptement » pour faire cesser le trouble

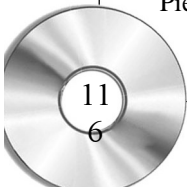
Une fois l'élément de connaissance acquis (par exemple, par le biais d'une notification), le prestataire, qualifié d'hébergeur, doit retirer « promptement » les données, dont il a été informé du caractère illicite, ou en suspendre l'accès, sous peine d'engager sa responsabilité. Autrement dit, la passivité n'est admissible que le temps de l'ignorance.

La jurisprudence lui demande même d'être très réactif puisque dans une ordonnance de référé du 13 mars 2008⁽⁵⁾ il a été exigé du prestataire qu'il agisse dans la journée où cette connaissance était réputée acquise.

- L'obligation de veiller à ce que le trouble ne se reproduise plus

Il s'agit de l'admission logique dans l'ordre juridique français d'une démarche, volontaire ou forcée, connue aux Etats-Unis d'Amérique sous le vocable « *Stay down* ». La formule « *take down, stay down* » désigne la pratique que certains prestataires ont développée spontanément (et que les

⁽⁵⁾ Tribunal de grande instance de Toulouse Ordonnance de référé 13 mars 2008 Krim K. / Pierre G., Amen





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

tribunaux paraissent vouloir imposer en l'absence d'initiative du prestataire) et dont l'objet est d'empêcher que puisse intervenir un nouveau « post » concernant une œuvre dont la présence illicite a été déjà signalée au prestataire.

La jurisprudence française raisonne en termes d'œuvres signalées et non de « posteur ». La logique n'est pas celle de l'identification de l'internaute : c'est une logique d'identification de l'œuvre. D'où l'idée de pouvoir reconnaître l'œuvre, en s'appuyant sur l'empreinte qui lui est propre.

Il est donc nécessaire d'être attentif aux contenus. La technique peut y aider.

La pratique du « Take Down, Stay Down » consiste pour le prestataire à créer une empreinte numérique à partir d'un fichier audio ou vidéo contrefaisant qui a été retiré de son service. Cette empreinte est ensuite intégrée dans une base de données utilisée pour empêcher une nouvelle mise en ligne du contenu protégé, que ce soit par le même utilisateur ou par tout autre utilisateur.

Les tribunaux français sont favorables à cette solution qui, loin de méconnaître les textes en vigueur, s'inscrit dans une démarche de meilleure protection des œuvres qui rencontre l'agrément des parlementaires.

Cette construction n'est pas jugée contraire aux solutions imposées tant par la directive du 8 juin 2000⁽⁶⁾ que la LCEN⁽⁷⁾. Ainsi, pour M. Dionis du

⁽⁶⁾ Article 14

(...) « 3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

Adde les considérants 47 & 48

(47) L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et,



Prof. Pierre Sirinelli

Séjour⁽⁸⁾, « dans ce cas, le tribunal n'instaure par d'obligation générale de surveillance. C'est une obligation particulière de surveillance qui est imposée et ce uniquement sur les contenus dont la diffusion a été notifiée comme illicite au fournisseur d'hébergement. L'activité de surveillance est donc ciblée ».

Le rapport du secrétaire d'État à l'économie numérique, M. Éric Besson, a présenté à l'automne 2008 au Président de la République, est également en ce sens (actions n° 31 & s.).

Une fois informé, un hébergeur ne devrait donc plus être simplement (mais promptement) réactif, il devrait également se montrer « actif » pour éviter le renouvellement du trouble à l'avenir.

On mesure donc bien que, s'agissant du régime juridique applicable, les tribunaux ont fait évoluer le contenu des obligations imparties aux hébergeurs. Alors que le système était fondé sur une certaine neutralité du prestataire relevant du statut d'hébergeur, il faut observer que la jurisprudence impose au prestataire d'être non seulement réactif mais aussi très actif. C'est ainsi que le prestataire devra prendre certaines initiatives pour, en certains cas, prévenir le dommage ou encore vérifier le sérieux des informations données à propos de l'identité des dizaines de milliers d'internautes qui viennent poster des œuvres.

notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale.

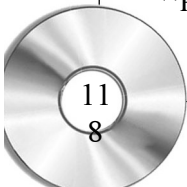
(48) La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites ».

⁽⁷⁾ Article 6-I, 7° :

« Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ».

⁽⁸⁾ Rapport précité, p. 31 - 32





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Au final, le régime des hébergeurs paraît s'épuiser à vouloir appréhender des situations qui n'étaient pas celles pour lesquelles il avait été élaboré à la fin des années 1990 et son évolution dans le sens d'un durcissement des obligations peut inquiéter les hébergeurs plus traditionnels qui craignent, par contamination logique, de recevoir son application. La situation ne paraît satisfaisante ni pour les ayants droits (à cause de la qualification en « hébergement »), ni, en dépit de certaines décisions qui leur sont favorables, pour les prestataires des sites contributifs (s'agissant du régime de responsabilité), ni pour les personnes qui exercent une activité d'hébergement limité au stockage traditionnel.

La jurisprudence démontre dès lors l'inadéquation du statut (qualification d'hébergeur et obligations imposées aux prestataires) posé tant par la directive e-commerce que par la LCEN.

B - Accords individuels

Des accords ont été signés entre la plus grande plate-forme de sites contributifs françaises, DailyMotion, et certaines sociétés de gestion collective.

La première série d'accords date de juillet 2008 et concerne la SACD, la SCAM et l'ADAGP. Ces accords ont cependant un contour légèrement différent suivant les sociétés de gestion collective.

En effet, les deux sociétés pour l'image animée n'ont passé d'accord qu'à propos des « Official Users » (contenu pour lesquels les sites contributifs admettent un statut d'éditeur). L'autorisation ainsi donnée permet donc d'autoriser la mise en ligne en échange d'une monétisation.

L'accord, valable jusqu'à la fin 2010, et avec effet rétroactif, vaut alors pour le monde entier⁽⁹⁾.

Il va de soi cependant que cette autorisation ne peut avoir d'effet libérateur pour la plate-forme que si un accord intervient également avec l'autre titulaire de droits de propriété littéraire et artistique sur l'oeuvre concernée. C'est dire qu'il s'agit pour la plate-forme de parvenir également un accord avec les titulaires de droits voisins, le plus souvent les

⁽⁹⁾ Voir les communiqués de presse de ces différentes institutions



Prof. Pierre Sirinelli

producteurs. Or ici la démarche est un petit peu différente car s'il existe des accords cadre avec certaines institutions représentatives⁽¹⁰⁾, la gestion collective n'y a absolument pas le même rôle. C'est dire qu'il conviendra de signer des accords individuels avec chacun des producteurs.

Ces accords « droits d'auteur » avec les SPRD, qui concernent naturellement les droits patrimoniaux, contiennent également, en annexe, des chartes d'engagement du respect du droit moral.

L'assiette de la rémunération due aux auteurs est alors l'ensemble des revenus publicitaires de la plate-forme. Cette dernière aide également les sociétés de gestion collective dans leur travail de « reporting », dans l'optique de la répartition ultérieure aux auteurs que les sociétés de gestion collective ont à charge d'accomplir.

L'accord passé avec l'ADAGP, est plus large en ce qu'il envisage toutes les activités du site contributif, c'est-à-dire également les UGC, autrement dit les oeuvres « postées » par les internautes.

L'accord ultérieurement conclu, entre la SACEM et Dailymotion est aussi large. La seule particularité étant que Dailymotion s'engage conventionnellement à mettre en oeuvre une procédure de retrait d'un contenu qui serait demandé par un auteur membre de la SACEM. Fait rare, la ministre de la culture s'est félicitée de la signature la signature de cet accord ! On peut penser que ce satisfecit institutionnel vaut également pour les autres accords.

On retiendra de l'étude de ces derniers accords que, à cette occasion, DailyMotion accepte un engagement qui va au-delà de ce que l'analyse juridique qu'elle présente habituellement en justice lui impose de faire, puisque l'accord prévoit le paiement d'une rémunération pour une activité que DailyMotion qualifie ordinairement de simple hébergement.

En quoi l'on voit, que ces nouveaux modes de distribution ne cessent de bousculer les catégories juridiques. Dans la mesure où il n'y a aucune raison que Dailymotion, suivant ses propres analyses en simple activité d'hébergement, paye pour ce type d'activité, il y a lieu de penser qu'elle obtient l'autorisation et qu'elle paye à la place des internautes.

⁽¹⁰⁾ USPA, par exemple





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Cela laisse songeur.... S'agit-il d'un mandat (mais il faut alors envisager la théorie du mandat apparent puisque l'on ne trouve aucune trace formalisé d'une pareille construction dans les relations entre l'internaute et Dailymotion) ?

Peut-être faut-il solliciter, sans doute plus que de raison, d'autres figures juridiques : stipulation pour autrui, promesses de porte fort, mécénat etc...?

Google n'exclut pas la conclusion d'accords proches de ceux qui viennent d'être exposés.

Mais la démarche de Google est ici plus longue, pour plusieurs raisons

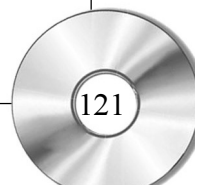
D'abord à cause de la question de « l'habillage juridique ».

Ensuite en raison de la dimension plus internationale de YouTube

Enfin parce que Google désire des « accords cadres », ce qui ne paraît pas envisageable par les producteurs de cinéma qui, au-delà de leur attachement à la gestion individuelle, font valoir trois séries d'arguments :

- le nécessaire respect de la chronologie des médias,
- l'importance de l'exclusivité dans l'exploitation des oeuvres audiovisuelles,
- le fondamental respect des équilibres existants, notamment en matière de financement

En bref, pour les producteurs un accord-cadre n'aurait d'intérêt que dans l'optique d'une démarche dite « pédagogique »





Deuxième partie – Esquisses de solutions futures

Il n'est pas impossible que, à l'avenir, soit signée, en France, une charte entre les différents protagonistes à l'instar de celle qui a été signée en 2008 aux États-Unis et qui est appelée « UGC Principles ».

Pour comprendre ce qui pourrait être fait en France, il convient de voir ce qui a été adopté aux États-Unis : Il existe une charte articulée (A) avec des dispositifs techniques (B).

A – La Charte

Signée il y a un an aux États-Unis, la charte a réuni les entreprises tant des contenus que des sites contributifs. Elle concerne pour l'heure les œuvres audiovisuelles mais son extension aux œuvres musicales et à l'étude.

Si les ayants droits ont pris part pareille initiative, c'est sans doute à la suite d'une analyse pragmatique. Un éclaircissement rapide de la situation juridique était souhaité alors :

- que d'une part, l'interprétation du donné légal ne paraissait pas claire ;
- et que, d'autre part, la voie judiciaire paraissait très longue et très coûteuse.

Or, personne n'était en mesure d'attendre l'issue d'un procès pour savoir à quoi s'en tenir. Ni les ayants droits, ni les plateformes en quête de respectabilité, notamment au moment de lever des fonds afin de développer encore davantage leur activité.

On observera en outre que, bien qu'antagonistes en état actuel des choses, les positions pouvaient se rapprocher puisque chaque catégorie d'acteurs envisageait d'entrer dans le champ d'activité de l'autre.

Pour cette raison, le groupe Disney, a proposé à différents protagonistes, la signature d'un accord articulé autour de trois axes :

1) l'engagement de poursuivre un but commun :

L'élimination, autant que faire se peut, des contenus illicites sur les sites concernés ;





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

2) réaliser cela à travers des accords fondés sur :

- la coopération entre les acteurs et
- une obligation de moyen renforcée à la charge des plates-formes ;

3) et grâce à des technologies de filtrage

Les plates-formes s'engagent à utiliser ces technologies et d'aider à leur amélioration pour parvenir à s'approcher au maximum possible du but commun.

Techniquement, tout passe par un engagement de filtrage *ex ante* qui recouvre deux séries d'actions :

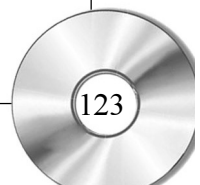
- La mise en place de dispositifs qui empêchent le « post » ou le visionnage des oeuvres pour lesquelles les droits n'auraient pas été clarifiés.

L'idée de base est la suivante : si l'on peut empêcher la réapparition (stay down), ne peut-on pas aussi prévenir la première apparition, (en s'appuyant sur une base d'empreintes) ?

La mise à niveau permanente des technologies de filtrage, utilisées en fonction de l'état de l'art.

Cela suppose donc

- l'utilisation de bases d'empreintes pour identifier les contenus (« fingerprinting »)
- mais il existe aussi (développés par Thomson par exemple), par ailleurs, des systèmes fondés sur le tatouage (« watermarking ») ;
- l'application de conditions d'utilisation spécifiques (« usage rules ») en accord avec les ayants droits.





Prof. Pierre Sirinelli

La relation avec les ayants droits fait que, une fois l'œuvre identifiée, trois cas de figure peuvent se présenter :

- le contenu est effectivement bloqué et n'est pas accessible aux internautes qui consultent le site
- à l'inverse, le contenu est autorisé et peut donc être « uploadé » et regardé en « streaming »
- les usages loyaux que la loi autorise doivent être tolérés (sans pour autant qu'il soit fait une application stricte de la loi quant au respect des conditions).

Dans l'usage loyal il y a le plus souvent une œuvre transformatrice, qui incline à un premier mouvement de tolérance. Cela est, en outre, fondé sur un certain pragmatisme. Il s'agit de ne pas être trop strict pour ne pas détourner ces nouveaux créateurs vers d'autres plates-formes

Dans l'hypothèse où certains contenus demeureraient accessibles parce que le système manquerait d'information à leur propos il y aurait alors retour, *ex post*, au système actuel

En retour de ses efforts, les ayants droits signataires (Disney) de l'accord acceptent de ne pas engager de poursuites à l'encontre des signataires même si quelques contenus illicites circulent encore. La solution est logique si le site est de bonne foi et montre qu'il fait tous les efforts nécessaires. Ce qui pose la question de savoir ce qu'est un outil efficace...

Pour autant, ces UGC Principles ne sont pas une interprétation commune de la loi. Il ne s'agit pas d'admettre indirectement que les sites contributifs ne seraient que de simples hébergeurs. Cette question peut encore être tranchée par les tribunaux, notamment à l'égard de ceux qui n'ont pas adhéré à la charte

Il convient de noter que si la construction permet de revenir à une logique d'autoriser ou d'interdire (bloquer efficacement), il n'y a aucune obligation pour les ayants droits de nécessairement autoriser l'exploitation des contenus ainsi repérés.





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Ces UGC Principles sont donc une espèce d'engagement collectif, dégagé des analyses juridiques fondées sur des dispositions légales, qui ne lieent naturellement que les parties.

Une espèce de construction juridique « en lévitation », dégagée de tout carcan.

Reste que ce « code de bonne conduite » va rapidement devenir le comportement attendu du « bon père de famille ». C'est dire qu'il n'est pas impossible qu'il devienne, dans l'esprit des juges, le standard de comportement minimal requis de tous les sites contributifs. En tout état de cause, l'argument habituel consistant à dire « c'est très compliqué » ou « c'est trop cher à réaliser » devrait recevoir une oreille moins attentive des magistrats. Au point que le retour au dispositif technique apparaisse pour les magistrats, comme un minimum auquel doivent sacrifier tous les prestataires de sites contributifs.

En quoi consistent justement ces solutions techniques ?

B - Aspects techniques

La construction, on l'a vu, s'inscrit dans le droit-fil de ce qui était exposé à propos du « take down / stay down ».

1 – Le contenu de la solution technique

En l'occurrence, des séries d'empreintes numériques sont réalisées à partir des oeuvres et permettent l'identification de ces créations dès lors qu'un fichier est posté sur un site contributif.

Le système de reconnaissance des ces empreintes, implémenté dans le site contributif, identifie l'oeuvre par référence à une base de données et signale tout post illicite aux prestataires, responsables du site.

Grâce à cela, il est donc possible d'éviter la mise en ligne de l'oeuvre contrefaisante et donc le dommage.

Inversement, lorsque l'oeuvre est autorisée, il est alors possible de monétiser cette mise à la disposition du public.



Prof. Pierre Sirinelli

Tout repose donc sur l'efficacité des systèmes de réalisation et de lecture de ces empreintes.

Certains systèmes existent déjà.

Il est ainsi possible de citer :

- le procédé « signature » développé par l'institut national de l'audiovisuel français (I. N.A),
- ou encore dans le domaine sonore du système « audible Magic »,
- ou encore la solution « content manager » développée par Google.

Mais il convient immédiatement d'observer qu'avec les solutions viennent de nouveaux problèmes.

2 - les conséquences de l'adoption d'une solution technique

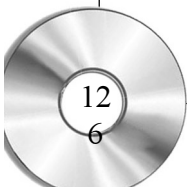
Les questions s'offrent à l'infini : pratiques, financières, juridiques....

a- D'abord, pratiques

Existe-t-il une unité technique, une norme ou au contraire une diversité de technologies et donc une diversité d'empreintes, ce qui multiplie les coûts ?

Pour l'heure, on ne voit pas Google avoir spontanément recours au système développé par l'INA. Si la solution d'un standard de fait peut paraître heureuse, il apparaît en tout état de cause qu'il est impossible de l'imposer juridiquement.

L'empreinte elle-même, à défaut des systèmes la générant, devrait être normalisée. Car l'empreinte n'a d'intérêt que par sa fonction générale d'identification et son association à des métadonnées et à une base d'informations relatives au statut des oeuvres et à leur gestion. Tout cela devrait être également standardisé. Il existerait un standard de métadonnées (ex : système Movielab).





La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

Les fabricants de systèmes étant attachés à l'exclusivité (pour des raisons évidentes de retour sur investissement ...), il y aura, pour commencer, une diversité de technologies pour réaliser les empreintes. Mais se pose alors la question d'une pluralité d'appareils de lecture de ces empreintes. Ce qui a encore un coût puisque chaque site devrait implémenter tous les systèmes d'identification. Sauf à admettre que ces empreintes, réalisées en fonction d'un standard normatif, puissent être interprétées et reconnues à partir de n'importe quel système de lecture. Ce qui renvoie également à d'autres débats complexes relatifs à l'interopérabilité.

b - Questions financières

Qui réalise ces empreintes ? Les plateformes ? Ceux qui développent les systèmes d'empreintes ? Les ayants droit ? La personne qui réalise l'empreinte est-elle celle qui en supporte les coûts ?

Aux USA, la répartition des charges paraît s'opérer de la façon suivante. L'ayant droit réalise à ses frais son empreinte et alimente les bases de données ; mais ne paye aucune redevance pour l'utilisation de la technologie. La plateforme, au contraire, met en œuvre à ses frais les technologies de filtrage.

c - Questions juridiques

- Si l'on dit que l'on donne une autorisation, cela implique-t-il qu'on la donne à toutes les plateformes ? Ou doit-on considérer, comme on le fait traditionnellement en propriété intellectuelle, que l'autorisation n'est donnée qu'à tel ou tel partenaire ?

- Autant la musique paraît être vouée à un partage assez vaste, autant dans l'audiovisuel, dans le cinéma, il y a des idées d'exclusivité liées aux logiques de financement. On voit bien que la problématique varie suivant les œuvres.

- Des problèmes de territoires se posent également. L'univers de l'audiovisuel repose sur des exclusivités territoriales alors que les sites contributifs sont accessibles partout dans le monde : la territorialité n'existe plus, sauf à la rétablir par le biais de dispositifs techniques de nature différente.





Prof. Pierre Sirinelli

Les tenants des solutions techniques précisent que cela demeurera possible : Les règles d'usage sont déterminées en fonction des licences territoriales et une géo-localisation des adresses IP est mise en œuvre à cet effet.

Enfin, on peut se demander, en effet, si, dès lors que le système est utilisé par tous, il ne devient pas la norme, non pas technique mais juridique. Le « bon prestataire technique », comme il existe un « bon père de famille », sera-t-il tenu de recourir à une telle solution technique ?

En revanche, il ne serait pas admissible que les ayants droit soient, quant à eux, tenus de fournir des empreintes correspondantes. Dans l'affirmative, on se rapproche singulièrement d'une logique de formalité obligatoire ce que la Convention de Berne interdit⁽¹¹⁾.

En conclusion, l'exemple du Web2.0 est intéressant en ce qu'il est révélateur de plusieurs points.

Premièrement, il n'est peut-être pas judicieux de prévoir des solutions générales, transversales, applicables à toutes les questions du commerce électronique alors même que certaines disciplines appellent peut-être des solutions plus adaptées.

Mais, deuxièmement, l'édification de régimes spéciaux montre lui-même ses limites puisque les nouvelles constructions, qui répondent à un moment donné à des considérations techniques, économiques, industrielles ou sociales, paraissent elles-mêmes ensuite dépassées et inaptes à régir des situations nouvelles qui s'écartent des données présentes au jour où ces

⁽¹¹⁾ Une autre difficulté concerne l'éventualité que soit reconnue une propriété sur les empreintes distincte des droits de propriété sur le contenu. On peut se demander si l'on n'est pas ici en train de recréer de la propriété intellectuelle à la périphérie de la propriété intellectuelle et de générer ainsi de nouveaux problèmes. Peut-être l'empreinte est-elle amenée à devenir ce que, en droit de la concurrence, on appelle une facilité essentielle. Vous imaginez les difficultés que cela entraîne : la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, vous le savez, ne font pas toujours bon ménage... Le risque est aussi que, si l'on reconnaît un droit de propriété intellectuelle sur l'empreinte, le titulaire des droits sur cette dernière devienne en pratique incontournable pour les autres acteurs, y compris pour les titulaires de droits sur les œuvres elles-mêmes.



La responsabilité des prestataires de l'Internet: l'exemple des sites contributifs

normes ont été adoptées. Pire, le temps nécessaire à l'élaboration de ces normes fait que ces données fluctuantes ne sont plus les mêmes entre le jour où la réflexion a été mise en oeuvre et le jour où le projet législatif aboutit !

Troisièmement, il fait apparaître, dans un premier temps, la difficulté des juges à appréhender une nouvelle réalité puis, dans un deuxième temps, la capacité de ces derniers à s'évader d'un carcan pourtant contraignant.

Quatrièmement, il met à jour le désir d'un traitement différent de ces questions, ouvrant la voie à l'adoption de normes d'origine autre que celles habituellement retenues. La voie d'une charte à cet égard offre des possibilités de souplesse et d'adaptation qu'une norme législative ne permet plus. Il est loin le temps où les législations traversaient les siècles ou étaient gravées dans la pierre comme le code d'Hammourabi...

