

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

COMMISSION SPÉCIALISÉE SUR LES PRESTATAIRES DE L'INTERNET

Rapport

Commission présidée par Pierre SIRINELLI

Vice-présidentes : Josée-Anne BÉNAZÉRAF et Joëlle FARCHY

Rapporteur : Alban de Nervaux

SOMMAIRE

AVANT PROPOS.....	5
INTRODUCTION.....	6
I. UNE ÉCONOMIE DE LA VALORISATION DE L’AUDIENCE SUR LES RÉSEAUX	9
I.1. Externalités de réseaux et marchés bifaces.....	10
I.2. Les modèles économiques en présence.....	11
I.2.1. Le financement publicitaire est le modèle dominant.....	12
I.2.1.1. De nouveaux formats publicitaires sur Internet.....	12
I.2.1.2. Les moteurs de recherche et les portails grands publics.....	13
I.2.1.3. Le cas des plates-formes de partage de vidéos.....	15
I.2.1.4. Les portails communautaires.....	17
I.2.2. Les autres modèles économiques en présence.....	17
I.2.2.1. L’abonnement payant.....	17
I.2.2.2. La facturation d’une capacité de stockage.....	18
I.2.2.3. L’intermédiation des plates-formes de commerce électronique.....	19
I.2.2.4. L’économie du don et du bénévolat.....	19
I.3. Le marché de la publicité en ligne : un potentiel de croissance important mais au détriment des autres médias.....	20
I.4. Quelle place pour les industries de contenus dans ces modèles d’audience ?.....	23
I.4.1. Des formes multiples d’atteintes aux droits de propriété intellectuelle.....	24
I.4.1.1. La vente de contrefaçons d’objets physiques sur Internet.....	24
I.4.1.2. La mise à disposition non autorisée de productions immatérielles protégées par le droit d’auteur.....	25
I.4.2. Des industries de contenus encore en marge du processus de valorisation des audiences qu’elles contribuent à fédérer.....	27
I.4.3. L’audience : une source de revenus mais également de coûts pour les prestataires	29
II. RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES : ÉTAT DES LIEUX JURIDIQUE.....	31
II. 1. Le cadre juridique.....	31
II.1.1. Les principales dispositions de la directive sur le commerce électronique et de la loi pour la confiance dans l’économie numérique.....	31

II.1.2. Remarques préliminaires.....	35
II. 2. Le débat sur la responsabilité des fournisseurs d'accès et de cache dans le cadre du réseau Usenet	38
II.2.1. En ce qui concerne l'activité de fourniture d'accès.....	39
II.2.2. En ce qui concerne l'activité de cache	40
II. 3. Le débat sur le régime de responsabilité des sites contributifs du Web 2.0.....	42
II. 3.1. Quelle qualification juridique retenir ?	43
II.3.1.1. La fourniture d'hébergement telle qu'appréhendée par les textes	43
II.3.1.2. Les activités en cause des sites contributifs du Web 2.0.....	45
II.3.1.3. Une jurisprudence hésitante.....	51
II.3.2. Économie de la responsabilité des prestataires au titre de leurs activités d'hébergement	55
II.3.2.1. Physionomie générale.....	55
II.3.2.2. Obligation d'identification de l'hébergé à la charge de l'hébergeur	56
II.3.2.3. Responsabilité du fait du caractère illicite du contenu hébergé	60
II.4. Le débat sur le régime de responsabilité des plates-formes de commerce électronique	74
II.4.1. Données pratiques	76
II.4.2. Appréhension juridique	78
II.4.2.1. Questions de qualification	78
II.4.2.2. Application des régimes de responsabilité	82
ANNEXES	88
Annexe 1 : lettre de mission.....	90
Annexe 2 : liste des personnes auditionnées et programme de travail	92
Annexe 3 : composition de la commission	95

AVANT PROPOS

La commission a été invitée à étudier l'évolution des activités et des statuts des prestataires de l'Internet.

1 - Présentation de la commission et de ses participants

La commission a réuni et/ou consulté les principaux acteurs concernés à savoir :

- les professionnels du secteur (fournisseurs d'accès, moteurs de recherche, services communautaires et/ou du web 2.0, prestataires non techniques tels que les régies publicitaires...)
- les représentants des ayants droit ;
- des experts techniques, économiques et juridiques ;
- des représentants de divers ministères ou services

La liste des participants (une cinquantaine) à la commission figure en annexe au rapport. La commission était composée pour moitié de membres extérieurs au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA). Il est à noter que les utilisateurs des services internet susvisés et/ou internautes, et les associations de consommateurs n'étaient en revanche ni présents ni représentés, malgré l'invitation qui leur était faite.

Le document final a été établi de manière consensuelle à l'issue de 15 séances de travail en commun.

2 - Périmètre de l'étude

Le travail de la commission s'est concentré sur l'étude du marché, des prestataires et du droit français, même si naturellement la dimension mondiale des enjeux étudiés a toujours été présente dans la réflexion.

Par ailleurs, conformément à la mission du CSPLA, la commission a centré son attention sur les problématiques relatives à propriété intellectuelle ; la propriété littéraire et artistique a été le noyau dur de la réflexion, mais des incursions ont été effectuées du côté de la propriété industrielle.

Pour des raisons de temps, des choix ont dû être opérés quant aux thèmes étudiés. L'attention s'est portée essentiellement sur les questions relatives aux services du Web 2.0.

Les mêmes contraintes ont conduit à considérer que ce rapport devait être envisagé comme un état des lieux et comme un socle ouvrant la voie à de nouvelles analyses. Les membres de la commission ont, au terme de ce premier travail, émis le vœu de pouvoir poursuivre la réflexion commune en vue d'envisager des pistes et solutions.

INTRODUCTION

Le régime de responsabilité des prestataires techniques de l'Internet, c'est-à-dire des intermédiaires assurant la transmission et/ou le stockage d'informations fournies par des tiers, est l'une des questions clé de la régulation de l'Internet. Le cadre juridique aujourd'hui applicable découle de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹ qui a prévu, **pour certaines activités délimitées² des prestataires intermédiaires, un régime de responsabilité limitée** : définies aux articles 12 à 15 de la directive que transpose le chapitre II « prestataires techniques » de la loi du 21 juin 2004, dite « loi pour la confiance dans l'économie numérique » (LCEN) ces activités sont le « simple transport » (transport d'information et fourniture d'accès), le « caching » (activité « de cache » en français) et l'hébergement.

Les préoccupations à l'origine de l'adoption de ce cadre juridique spécial méritent d'être rappelées.

Sur le plan économique, la directive sur le commerce électronique met en avant la nécessité de **promouvoir la société de l'information** en favorisant notamment l'essor de son infrastructure par des incitations appropriées pour les acteurs économiques concernés³.

La directive a également répondu à une **préoccupation de sécurité juridique** et d'harmonisation des législations nationales, à une époque marquée par des divergences entre les législations et jurisprudences des États membres quant à la responsabilité des prestataires intermédiaires. On peut rappeler à cet égard qu'en France, remettant en cause l'idée que ces prestataires soient de simples transmetteurs d'informations, irresponsables des contenus diffusés par leur intermédiaire⁴, plusieurs décisions juridictionnelles avaient admis, en se fondant sur le droit commun issu de l'article 1382 du code civil, la responsabilité des fournisseurs d'hébergement à l'égard de contenus dont ils n'étaient pas les auteurs⁵, et mis à leur charge une obligation de diligence et de prudence.⁶

¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur ; JOCE 17 juill., n° L 178, p. 1 et s.

² Dans les développements qui suivent, le terme activité est, conformément à la terminologie retenue par la directive, utilisé en général pour désigner non l'activité globale d'une société ou d'un groupe ni une catégorie d'acteur économique mais l'activité délimitée - certains préfèrent parler de fonction - d'un prestataire, lequel est susceptible d'en exercer simultanément d'autres.

³ Cf. considérants 2 à 8 de la directive. Voir également le rapport de la Commission du 21 novembre 2003 sur l'application de la directive du 8 juin 2000 p. 14 : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues par la directive ont été considérées comme indispensables pour garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part la fourniture d'un cadre qui permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer. »

⁴ Cf. Cass. Crim, 15 novembre 1990, jugeant que le responsable d'un centre serveur minitel est un « outil entre les mains du fournisseur de service » et qu'il apparaît impossible « d'envisager que le directeur d'un tel centre - lequel héberge souvent des dizaines de services - assure une responsabilité quelconque quant au contenu des messages. »

⁵ Dans l'affaire Estelle Halliday/Valentin Lacambre, la Cour d'appel de Paris a ainsi condamné, le 10 février 1999 l'hébergeur (Altern) d'un site ayant diffusé, sans autorisation, des photos de Mme Estelle Halliday : sa responsabilité civile à l'égard d'un contenu dont il n'était pas l'auteur a été retenue en considérant que, pour s'exonérer de sa responsabilité, l'hébergeur devait veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge et au respect par ceux-ci des lois, des règlements et des droits des tiers.

⁶ Cf. TGI de Nanterre, 8 décembre 1999, affaire Lacoste/Multimania, Esterel et Cybermedia, jugeant qu'il appartient à ce titre à l'hébergeur de « prendre les précautions nécessaires pour ne pas léser les droits des tiers » et de mettre en œuvre, à cette fin, des moyens raisonnables d'information (en attirant l'attention des créateurs de sites sur « le nécessaire respect des droits des tiers »), de vigilance (en prenant « les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent ») et d'action (en procédant, le cas échéant, au retrait des informations en cause ou à la fermeture du site incriminé). Statuant en appel, la cour d'appel de Versailles a notamment précisé que ces obligations n'impliquaient nullement un « examen général et systématique des sites hébergés » mais la mise en œuvre « de diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation » (CA Versailles, 12^e chambre, 8 juin 2000).

Enfin, comme d'autres textes communautaires relatifs à la société de l'information⁷, la directive a été conçue comme un **texte à parfaire** : son article 21 invite à un réexamen régulier de son application, évoquant la possibilité de présenter si nécessaire des propositions sur les activités de certains prestataires qui ne sont pas expressément traitées (comme celles des fournisseurs de liens hypertexte, ou des moteurs de recherche), ainsi que de s'adapter à l'évolution juridique, technique et sociale de la société de l'information. Or, précisément, d'importantes évolutions dans ce domaine conduisent aujourd'hui à s'interroger sur une éventuelle adaptation du cadre juridique particulier défini par la directive ou sur toute autre mesure qui apparaîtrait appropriée.

Sur le plan économique, on a assisté depuis l'adoption de la directive à un essor considérable des services de la société de l'information. Symbole du dynamisme économique de ces services, l'entreprise Google a vu son chiffre d'affaires multiplié par près de 40 entre 2002 et 2007. De nouveaux usages d'Internet sont également apparus. **Le développement remarquable des sites communautaires du « web 2.0 »**, qui permettent la diffusion ou l'échange de contenus et d'informations émis par les internautes eux-mêmes, est au cœur de ce renouvellement. Malgré des caractéristiques communes, ces services présentent une grande variété : portails communautaires, sites de partage de vidéo ou de photos, plates-formes de commerce électronique, encyclopédies collaboratives en ligne... Alors même que beaucoup de ces sites n'ont pas encore accédé à la rentabilité, diverses opérations de rachat de grande envergure attestent de la confiance des acteurs économiques dans leur potentiel de valorisation⁸. En 2006, Google a ainsi racheté YouTube, leader des sites d'échanges de vidéos pour 1,6 milliards de dollars et a accepté de verser 900 millions de dollars sur trois ans à Fox Interactive pour devenir le fournisseur exclusif de liens sponsorisés des pages de recherche du réseau social Myspace ; de son côté, Yahoo ! a racheté le site de partage de photos Flickr pour 35 millions de dollars. Ce dynamisme se reflète également dans la bande passante utilisée : le trafic généré par YouTube⁹ en 2008 équivaut au trafic total du réseau Internet en 2000.

D'un point de vue juridique, alors que l'utilisation de certains services du web 2.0 conduit à la multiplication des contentieux dans le domaine de la contrefaçon, **les difficultés d'interprétation rencontrées et la diversité des solutions retenues**, en s'écartant parfois des constructions juridiques posées par les textes, invitent à **se demander si le cadre juridique actuel permet d'appréhender correctement une situation économique, technique et sociale différente de celle qui existait au moment de la négociation de la directive**, à la fin des années 1990.

La commission n'a pas abordé la question de l'éventuelle responsabilité personnelle des internautes qui utiliseraient ces services à des fins de contrefaçon. Elle ne s'est intéressée qu'aux rapports entre professionnels, en privilégiant, au sein du vaste ensemble des prestataires intermédiaires, les sites et les services dont le statut fait débat au regard des enjeux de propriété intellectuelle.

Dans un premier temps, la commission a cherché à cerner les **modèles économiques** des intermédiaires dont les activités ont comme conséquence de mettre à disposition ou de valoriser des objets physiques et/ou des contenus immatériels protégés par la propriété intellectuelle (I).

Dans un second temps, la commission a débattu de la **qualification juridique** de certaines de ces activités - gardant à l'esprit qu'une même entreprise ou qu'un même groupe peut

⁷ Notamment la directive 2001/ 29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁸ Ce que résumait parfaitement un titre récent du journal Le monde (Supplément économie, 27 novembre 2007) : « Web 2.0, un monde du gratuit qui vaut de l'or ».

⁹ Avec un trafic de 27 pétaoctets (27 millions de gigaoctets) par mois (source : lemonde.fr, 3 mars 2008).

développer une pluralité d'activités - et de **l'adéquation du régime de responsabilité** défini par les textes précités. Dans cette deuxième partie, la commission a privilégié l'étude des activités **des sites contributifs du web 2.0, des plates-formes de commerce électronique et des fournisseurs d'accès et de cache dans le cadre du réseau Usenet** (II). Bien que certains ayants droit considèrent nécessaire d'engager un débat sur le statut des fournisseurs d'accès dans son ensemble, cette réflexion globale n'a pas été menée dans le cadre des travaux de la commission.

Dans une dernière phase, la commission a été invitée à réfléchir à l'éventuelle opportunité de modifier le cadre existant afin que puissent se développer en toute sécurité des activités économiques bénéficiant à l'ensemble des parties en présence. Compte tenu des limites temporelles qui étaient les siennes, la commission n'a pas pu mener à son terme cette phase du travail.

I. UNE ÉCONOMIE DE LA VALORISATION DE L'AUDIENCE SUR LES RÉSEAUX

Beaucoup des services étudiés dans le cadre de cette commission relèvent de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « web 2.0 », terme employé pour 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.

Si la dénomination générique est récente, il convient de préciser que des activités désignées aujourd'hui sous l'appellation « web 2.0 », telles que les blogs, plates-formes de commerce électronique ou encore forums de discussion existaient bien avant. A titre d'exemple, dès sa création (et bien avant 2000 et 2004) Yahoo! proposait des services communautaires (Yahoo! Forum, Yahoo! Chat, Yahoo! Group...). De nombreux autres services peuvent être cités tels que Meetic, Friendster, LinkedIn etc. Il reste que les activités dites du Web 2.0 ont connu depuis la directive du 8 juin 2000 et même la LCEN un développement considérable et des évolutions de leur modèle économique. Certains des sites communautaires dont le statut est vivement débattu aujourd'hui (notamment les sites de partage de vidéos) n'étaient d'ailleurs pas encore apparus à l'époque de l'adoption de la LCEN.

Dans ces conditions, bien qu'il n'existe pas de définition unique de la notion, on peut considérer que le web 2.0 désigne un ensemble d'applications et de nouveaux usages d'Internet, qui traduit une évolution à la fois technique, sociale et économique.

D'un point de vue technique, le web 2.0 repose sur des technologies dont la finalité est de rendre Internet véritablement interactif (RSS, Wiki, Ajax, Flash). Plus largement le développement du web 2.0 est favorisé par des facteurs tels que l'existence d'une infrastructure de bande passante de qualité, la diminution des coûts de stockage, la pénétration du haut débit et des équipements numériques. A chaque minute, 10H de vidéo supplémentaires sont ainsi mises en ligne sur YouTube.

Sur le plan sociologique, le web 2.0 s'appuie sur la diffusion ou l'échange d'informations et de contenus émis par les internautes eux-mêmes. De simple "visiteur-consommateur", l'internaute devient un véritable contributeur pouvant alimenter tout ou partie du contenu d'un service web. Les blogs constituent depuis plusieurs années déjà des espaces d'expression permettant la mise en ligne de contenus générés par les internautes. La même logique interactive est au cœur des sites de partage de photos tels que Flickr, dont le stock d'images atteint 2 milliards, ou encore des plates-formes de partage de vidéo, à l'image de Dailymotion, qui a connu un essor rapide. Le web 2.0 fédère donc un ensemble d'outils et d'usages d'Internet qui au lieu de mettre en relation un éditeur et un internaute, offrent à ces derniers la possibilité devenir éditeurs de contenus, d'intervenir sur les contenus mis en ligne par d'autres internautes ou d'obtenir des contenus par l'appartenance à une communauté. On y trouve à la fois des sites de réseaux sociaux (Facebook), des sites d'échanges de contenus spécialisés (YouTube ou Dailymotion) ou plus généralistes (Mypace) ou encore des sites Wiki (Wikipédia) qui fonctionnent sur la base d'un travail collaboratif et incrémental.

Sur le plan économique, le Web 2.0 fait basculer d'un modèle distributeur à un modèle issu de l'économie des réseaux, fondé non sur le contrôle de l'accès mais sur l'abondance des ressources disponibles et l'extension du nombre des utilisateurs. Ce modèle, qui favorise une relation plus directe entre auteurs et public, n'implique pas la disparition de toute intermédiation : il est au contraire indissociable de l'apparition de nouveaux intermédiaires qui ont essentiellement pour fonction de capter l'attention des internautes en les guidant dans cette économie de l'abondance.

C'est en effet l'attention¹⁰ des usagers plutôt que l'information qui devient la ressource rare dans une telle économie. Pour obtenir l'information qu'il désire, l'internaute a plusieurs possibilités. Le « linking » est le chemin que prend l'utilisateur au gré de ses errements sur la toile pour arriver à la page qu'il souhaite en cliquant sur les liens qui lui sont proposés sur les différentes pages visitées. Cette méthode était, à l'origine, la technique la plus répandue pour trouver la page de son choix mais la perte de temps engendrée a poussé les internautes à se tourner vers deux types d'intermédiaires qui occupent une place de choix dans la capacité à guider l'internaute : les moteurs de recherche, d'une part, dont les outils de référencement fonctionnent grâce à un algorithme de classement des pages du web, les portails d'accès d'autre part. La logique de portail popularisée par Yahoo dans la seconde moitié des années 90 - il s'agissait alors du seul modèle de monétisation du trafic - consiste à offrir un maximum d'informations utiles, de contenus éditoriaux et de services en maintenant l'internaute le plus longtemps possible sur la page afin de maximiser le prix de la publicité ou de l'attirer vers des sites marchands. Quant aux grands sites web 2.0, en fonction de leur modèle, les internautes y arrivent pour partie à travers la page d'accueil – forme de portail d'entrée dont les sites structurent la présentation et qu'ils éditent ce qui leur permet de développer à ce titre des partenariats avec différents médias ou industries de contenus - et pour partie directement sur la page du contenu posté par un autre internaute (par exemple via un lien dans les résultats de recherche sur un moteur, ou via un lien qui circule par email ou autre).

I.1. Externalités de réseaux et marchés bifaces

Au cœur de l'analyse des nouveaux services sur Internet se trouve l'existence d'externalités¹¹ de réseau. Cette notion, utilisée à l'origine pour spécifier les caractéristiques des infrastructures de télécommunications, renvoie tout d'abord à des effets clubs positifs : l'utilité d'un bien ou d'un service pour un utilisateur dépend positivement du nombre d'utilisateurs de ce bien ou de ce service. L'externalité peut être directe si elle dépend directement du nombre d'utilisateurs (téléphone, fax, Internet ...) ou indirecte si elle dépend de la variété et de la qualité des services et biens complémentaires qui sont eux-mêmes fonction du nombre d'utilisateurs (utilité d'une voiture liée au nombre de garages réparant ce type de voitures). A partir de la formation d'une masse critique d'utilisateurs, (la base installée), une dynamique vertueuse de la demande est enclenchée via des effets boule de neige. Cette dynamique vertueuse se heurte cependant à des limites en cas de congestion lorsque le nombre d'utilisateurs sature la capacité des réseaux ou la qualité des services.

Cette littérature désormais classique sur les externalités de club (intragroupes) a été plus récemment complétée par l'analyse des externalités intergroupes, caractéristique des marchés biface, qui fait référence à l'interaction entre deux groupes d'utilisateurs : l'utilité d'un consommateur du groupe A dépend du nombre de consommateurs du groupe B.

Bien qu'elle s'applique à une réalité ancienne, l'analyse théorique des marchés biface est apparue en économie industrielle au début des années 2000. Un marché biface (ou multiface) est un marché dont l'agencement entretient, voire nécessite, l'existence de deux (voire de plusieurs) clientèles très différentes mais interdépendantes l'une de l'autre pour les produits qui y sont échangés¹². Dans un marché biface, une plate-forme – un point de rencontre – (station de radio, journal, site web...) offre un service d'intermédiation à deux

¹⁰ Simon HA (1971), Designing organizations for an information rich world, in Martin Greenberger, Computers, communication and the public interest, Baltimore, MD, The Johns Hopkins press. Lanham Richard, (2006), The economics of attention: style and substance in the age of information, University of Chicago Press.

¹¹ Une externalité désigne le fait que l'activité d'un agent économique affecte le bien être d'un autre agent sans qu'aucun des deux ne reçoive ou ne paie une contrepartie marchande pour cet effet. En l'absence de contrepartie marchande, le responsable de l'externalité ne tient pas compte dans ces décisions de l'influence de ses actes sur le bien être des autres.

¹² Evans DS, The antitrust economics of two sided markets, Yale Journal on regulation, vol 2.

types de clientèles à qui elle propose un produit joint ; la plate-forme intermédiaire n'est pas neutre économiquement puisqu'elle permet aux agents de maximiser les gains de leurs transactions en internalisant les externalités intergroupes alors que les agents eux-mêmes sont incapables d'internaliser l'impact de leur utilisation de la plate-forme sur le bien être des autres utilisateurs.

La prise en compte de ces effets est intéressante dans la mesure où la présence d'externalités de réseaux dans un marché biface a des conséquences économiques inattendues à la fois sur la formation des prix, leur niveau et leur structure¹³. Pour résoudre le problème de « la poule et de l'œuf » - une plate-forme (chaîne de télévision) doit avoir une large base installée (programmes) pour attirer des téléspectateurs mais les annonceurs ne paieront pour financer des programmes que s'ils sont assurés de toucher de nombreux téléspectateurs – le système de prix optimal implique de subventionner une face du marché pour attirer des utilisateurs sur l'autre face.

Dans le cas de subvention totale, une face du marché devient accessible gratuitement. Il s'agit du modèle classique de financement publicitaire des médias (télévisions, radios, journaux gratuits). Les annonceurs publicitaires (qui constituent l'une des faces du marché pour l'entreprise médiatique) donnent plus de valeur à une entreprise de médias qui capte de l'audience ; l'entreprise médiatique qui reçoit une rémunération des annonceurs publicitaires utilise ces ressources pour produire de nouveaux programmes et offre sur l'autre face du marché, des programmes gratuits aux spectateurs. Les médias sont donc une plate-forme fournissant un produit joint, du contenu médiatique à des spectateurs et de l'attention aux annonceurs. Les externalités entre annonceurs et téléspectateurs sont internalisées par le travail d'intermédiation de la plate-forme. Les interactions entre les deux groupes d'agents sont des externalités de réseau croisées : le volume de publicité généré est par exemple source d'externalités positives en cas de « publiphilie » des lecteurs de journaux ou négative en cas de « publiphobie » tandis que le nombre de lecteurs de journaux engendre une externalité positive pour les annonceurs publicitaires.

Offrant la potentialité d'associer à tout service utile la création de nouveaux marchés, l'existence d'externalités de réseau intergroupes, caractéristiques d'un marché biface, combinée à la puissance des effets clubs du numérique est au cœur de l'économie du gratuit sur Internet. Rendu possible par l'importance des effets de réseau dans l'économie numérique, le gratuit traduit donc avant tout une transformation de l'économie de la demande et non pas principalement la baisse des coûts marginaux de diffusion et de reproduction¹⁴.

I.2. Les modèles économiques en présence

Si les positionnements et stratégies des acteurs de l'Internet demeurent évolutifs – surtout au sein des prestataires du web 2.0 qui, pour beaucoup, accèdent tout juste à la rentabilité – certains modèles économiques sont eux clairement identifiés.

Caractéristique de l'économie des marchés bifaces, le modèle consistant à offrir de services gratuits financés par la monétisation de l'audience auprès des annonceurs publicitaires est le plus répandu parmi les prestataires étudiés. Compte tenu de la diversité des activités et des métiers de ces prestataires, d'autres modèles économiques peuvent toutefois être observés¹⁵, qui, dans la réalité, se combinent généralement entre eux : abonnement payant,

¹³ Rochet JC, Tirole J (2004), Platform competition in two sided markets, Journal of the european economic association, vol 1.

¹⁴ Bomsel Olivier (2007) Gratuit ! Du déploiement de l'économie numérique, Gallimard.

¹⁵ Beuscart Jean Samuel, Dacheux Christophe, Mellet Kevin, Les modèles d'affaires du web 2.0, InternetActu.net, 7/03/2008, <http://www.internetactu.net/2008/03/07>.

location de capacités de stockage, services premium payants (ou freemium¹⁶), modèle fondé sur l'intermédiation, à l'image des places de marché virtuelles, tarification de services de matching, économie du don ou du bénévolat.

I.2.1. Le financement publicitaire est le modèle dominant

I.2.1.1. De nouveaux formats publicitaires sur Internet

Si le modèle biface publicitaire est un modèle classique, il permet sur Internet d'obtenir une valeur ajoutée supplémentaire. Internet a en effet favorisé un renouvellement de la communication publicitaire. L'interactivité offerte, la capacité de suivi et de ciblage des comportements et centres d'intérêts des internautes, la possibilité de segmenter l'offre géographiquement ou encore les nouvelles techniques du marketing viral sont, selon les professionnels, des facteurs d'efficacité de la publicité qui passe d'un modèle de masse des médias classiques à une publicité beaucoup plus individualisée. L'attractivité d'Internet pour les annonceurs serait également liée à la possibilité de mesurer avec précision l'efficacité de l'investissement publicitaire consenti (transformation en actions diverses sur le site concerné : achat, demande de catalogue...).

Au niveau mondial, les liens promotionnels, en pleine croissance, représenteraient désormais, parmi les principaux formats¹⁷, environ la moitié des investissements publicitaires sur Internet. Les publicités des pages d'accueil des grands sites comme Yahoo ! ou MSN continuent toutefois de représenter une part importante des investissements publicitaires, de l'ordre de 500 000 USD par jour¹⁸. En France, l'achat d'espace publicitaire demeure encore majoritaire. Le développement de nouveaux supports et formats publicitaires est aujourd'hui favorisé par la pénétration croissante d'Internet chez les particuliers et l'essor du haut débit. Au sein des principaux formats publicitaires sur le Web hors liens promotionnels, les bannières classiques sont ainsi en perte de vitesse au profit de formats « rich media », comportant des animations visuelles ou sonores, notamment vidéo¹⁹.

Les plates-formes de partage telles que YouTube ou Dailymotion contribuent au renouvellement de ces formats, en s'efforçant de tirer avantage de leur capacité à cibler finement l'audience ; elles proposent par exemple désormais aux annonceurs l'insertion de la publicité dans des vidéos de partenaires du site ou encore des chaînes dédiées dans lesquelles sont constitués des univers intégrant des publicités liées à une marque. Des régies publicitaires d'un nouveau genre (Federated Media Publishing, Influence, W2Media...) valorisent quant à elles les contenus autoproduits de qualité de certains blogs en concluant des partenariats personnalisés entre des marques et des blogueurs, dont elles multiplient par 5 ou 10 les revenus²⁰. On assiste par ailleurs au développement encore timide de la communication des marques au sein de réseaux sociaux (Myspace, Facebook) ou des mondes virtuels persistants 3D (Second Life).

¹⁶ Comme l'indique la contraction des mots Free et Premium, l'utilisation des services de base est gratuite, l'accès aux services premium étant, lui, payant. Ces services premium peuvent être liés à la vente d'un abonnement (c'est le cas de Flickr), ou constituer des services ponctuels associés permettant d'enrichir l'expérience de l'utilisateur (vente de biens virtuels sur Facebook ou Habbo Hotel, visibilité sur Hot or Not, accès à de l'information supplémentaire sur LinkedIn, par exemple).

¹⁷ Parmi ces différents formats on peut distinguer : les bannières classiques ; les pavés et habillages spécifiques ; les liens promotionnels ; le rich media ; le sponsoring de la totalité ou d'une partie d'un site web ; les emails ciblés contenant des liens ou des bannières...

¹⁸ source : Razorfish.

¹⁹ Selon une étude Millward Brown l'exclusivité, le ciblage et l'implication forte des internautes font de l'e-pub vidéo un format d'une grande efficacité commerciale, suscitant ainsi, 47 % d'intention d'achat contre 37% pour la TV en direct. Cette nouvelle forme de publicité obtiendrait également de hauts résultats de notoriété : le taux de notoriété atteint selon la même étude 82% contre 54 % pour la télévision.

²⁰ Beuscart Jean Samuel, Dacheux Christophe, Mellet Kevin, art. cit.

Les différents formats publicitaires peuvent être facturés de plusieurs manières :

- le « coût pour 1000 pages vues » (CPM), mode de commercialisation le plus ancien, dans lequel l'annonceur paye à l'impression ;
- le « coût par clic » (CPC) mode de facturation devenu dominant ;
- le « coût à la transformation » (« cost per lead » - « CPL »), qui est fonction de la proportion de clics ayant par la suite entraîné une action sur le site de l'annonceur (achat, demande de catalogue...).

La mesure de l'audience est dans ce modèle économique publicitaire un enjeu central. Deux types de mesure existent aujourd'hui sur Internet. Les outils « site centric » reposent sur le comptage des connexions (nombre de visites et de pages vues) à un site web grâce à l'analyse des « logs » sur les serveurs du site ou par le biais de tags (marqueurs) placés dans le code source des pages. Les outils « user centric » reposent quant à eux sur le suivi des navigations d'un panel représentatif de la population de référence. Le nombre de « visiteurs uniques » telle que mesurée par les outils « site centric » est une des principales informations utilisées par les annonceurs, bien que de tels outils, effectuant un comptage quel que soit le lieu d'origine de la connexion, mesurent davantage des "navigateurs uniques"²¹. Si des panels sont utilisés à des fins de ciblage des publicités, les tarifs des sites s'expriment largement en coût pour mille pages vues ou en coût pour clic.

1.2.1.2. Les moteurs de recherche et les portails grands publics

Malgré des positionnements différents, les moteurs de recherche et les portails ont en commun un modèle économique publicitaire.

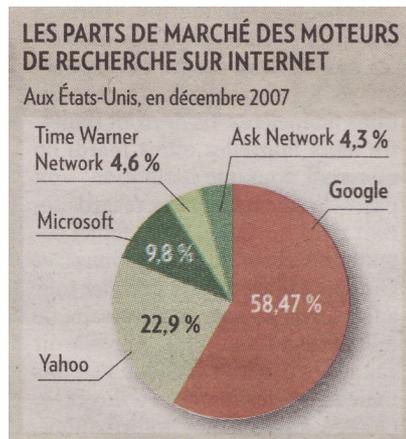
Ces sites fournissent des services gratuits (moteurs de recherche, messagerie...) qui impliquent des investissements croissants en infrastructure (stockage, calcul, bande passante) et en développement technique (amélioration de la pertinence d'un moteur, fonctionnalités de la messagerie), afin de répondre aux demandes simultanées d'un nombre croissant d'utilisateurs²². Ces investissements et les coûts de fonctionnement de ces services sont financés en valorisant une audience auprès des annonceurs.

Les moteurs de recherche, qui se concentrent autour de quelques acteurs majeurs (voir tableau ci-dessous pour les Etats-Unis), se sont développés en tant que service technique²³. Ils ont commencé par tirer leurs revenus de la syndication de leurs algorithmes auprès d'autres entreprises. Leur cœur de métier a pourtant rapidement évolué grâce à une autre source de revenus, la publicité.

²¹ Ils ne savent donc pas reconnaître la même personne connectée depuis son travail et depuis son domicile, ce qui est à l'origine d'écarts entre les chiffres de visiteurs uniques « site centric » et « user centric » ; ceux-ci ont d'ailleurs tendance à se creuser en raison de la destruction de cookies indispensables au fonctionnement des outils « site centric », qui est de plus en plus répandue du fait de l'utilisation massive d'anti-spyware et de logiciels de contrôle parental.

²² Le moteur de recherche Google est consulté tous les jours par plusieurs centaines de millions d'internautes.

²³ Le service offert par les moteurs de recherche consiste à retrouver le texte recherché par l'utilisateur dans les milliards de pages du Web. C'est avant tout une performance technique d'indexation et de hiérarchisation de l'ordre d'apparition des résultats qui nécessite une puissance informatique et une capacité de stockage conséquentes. L'apparition de nouveaux entrants, qui envisageraient de concurrencer les moteurs de recherche les plus populaires, est difficile compte tenu des investissements requis. A titre d'exemple, le coût d'hébergement « matériel » (m2, serveurs ...) peut être estimé à 10 euros par Gigaoctet pour de grands volumes.



Source: Bloomberg / Comscore

Au niveau mondial, Google, qui représente en 2007 65% du marché des moteurs de recherche et plus de 80% en France, est l'exemple type de la mise en œuvre d'un modèle économique publicitaire. Si Google a lancé de nombreux services ces dernières années (cartographie, messagerie électronique, logiciels de bureautique...), 99 % de ses revenus proviennent de la publicité²⁴.

Google Inc. poursuit une double mission. La société est un moteur de recherche qui doit fournir à ses usagers les résultats de recherche les plus pertinents et appropriés possible, ainsi que des résultats affranchis de toutes motivations financières. Google est aussi une régie publicitaire en ligne dont la vocation est de fournir à ses clients les publicités les plus appropriées possibles. En d'autres termes, le service premier (la fonction moteur de recherche) est financé par un service second (régie publicitaire) selon une logique classique de marché biface.

Le modèle de Google repose sur deux solutions de monétisation de l'audience.

Google a lancé en 2000 un format publicitaire original de liens sponsorisés plus ciblés et moins coûteux que les traditionnelles bannières proposées à l'époque par la plupart des sites. Ce service baptisé Google AdWords propose aux annonceurs de créer et de publier eux-mêmes leurs annonces sur les pages de résultat du moteur de recherche afin d'aiguiller les internautes vers leurs sites. Les annonceurs sélectionnent des mots clés qui vont déclencher l'apparition de leurs publicités lorsque les internautes tapent lesdits mots clés dans leur recherche sur Google, ou sur les pages des sites partenaires (avec qui Google partage les revenus publicitaires dans le cadre du programme AdSense décrit ci-dessous). Sur les pages de résultats du moteur, les annonces apparaissent identifiées comme des « liens commerciaux » dans une colonne en vis-à-vis des résultats. Leur ordre est déterminé par la combinaison du « coût par clic » fixé par l'annonceur (via un mécanisme d'enchères), pondéré par la popularité de son annonce auprès des internautes, mesurée principalement par le taux de clics. L'annonceur est au final uniquement facturé pour les clics effectués sur ses annonces AdWords, c'est-à-dire pour les visiteurs que son site aura obtenu via ce « lien commercial ». En conséquence, les annonceurs achètent plus un nombre de clics qu'un mot en soi. Le programme Adwords permet donc d'affiner l'efficacité du matching publicitaire car les annonceurs ne s'adressent qu'aux internautes recherchant un produit proche de ce qu'ils proposent.

²⁴ D'autres moteurs de recherche ont adopté un modèle économique équivalent, à l'instar de Naver en Corée du Sud (groupe NHN) ou encore Baidu, leader du marché chinois.

Google AdSense créé en 2003, n'a pas la même cible même s'il est intimement lié au service AdWords décrit ci-dessus. Le programme AdSense est une régie d'espace qui propose aux exploitants de sites web d'accueillir automatiquement de la publicité contextualisée sur leurs pages en fonction du contenu de ces pages (encarts déclenchés de façon automatisée par des mots clés figurant dans leurs contenus) moyennant un partage des recettes entre le site de contenu et Google. Le réseau d'annonceurs devient un atout clé de Google : AdSense permet aux exploitants de sites web d'accéder à l'immense réseau d'annonceurs de Google – qui inclut des grands groupes comme des TPE et recouvre une palette très large d'activités économique - comme à un self service. Toute page web devient un support publicitaire potentiel dont l'auteur est ensuite rémunéré en fonction de la fréquentation de son site. Le service AdSense finance ainsi de très nombreux sites professionnels ou amateurs²⁵.

Le chiffre d'affaire mondial de Google s'est élevé en 2005 à 6 milliards de dollars, à 10 milliards en 2006 et à 17 milliards de dollars en 2007. Google perçoit la plus grande partie des revenus publicitaires des liens sponsorisés. 65 % de son chiffre d'affaire provient ainsi de Google Adwords, 34 % du programme AdSense. Les sommes reversées aux sites éditeurs dans le cadre du programme AdSense ou d'autres partenariats s'élevaient fin 2007 à 1,5 milliards de dollars par trimestre. Le chiffre d'affaires réalisé auprès des annonceurs français en France n'est pas communiqué par Google ; dans la mesure où seuls les pays représentant plus de 10% des activités du groupe voient leurs chiffres publiés, le chiffre d'affaire France est inférieur à 1,7 milliards de dollars.

Les annonceurs se sont rapidement rendu compte que les consommateurs faisaient plus confiance aux résultats « organiques », non sponsorisés, qu'aux résultats sponsorisés, ceux-ci ne comptabilisant que 24.6% des clics²⁶. Ils ont donc concentré leurs efforts dans le but d'effectuer une bonne classification organique de leurs produits, donnant ainsi naissance à un marketing des moteurs de recherche. Des agences spécialisées dans ce domaine proposent aux annonceurs différents moyens afin d'optimiser leurs classements ce qui a créé une vaste économie du référencement.

De leur côté, certains portails généralistes comme Yahoo! ou MSN ont amorcé une diversification de leurs revenus, afin notamment de diminuer leur dépendance vis-à-vis du marché publicitaire. Ainsi les services payants de Yahoo (téléchargement de jeux, développement de photos) représentaient en 2005 13 % du chiffre d'affaire du portail. Certains services premium ou « freemium » sont par ailleurs développés, qui peuvent par exemple être liés à la vente d'un abonnement.

Aux côtés de ces « géants de l'Internet »²⁷, les principaux sites du web 2.0 développent également un modèle publicitaire. Par leur audience et l'effet de réseau sur lequel ils reposent, ces sites dont le contenu est généré par les internautes eux-mêmes sont perçus comme une réserve importante de support publicitaire pour les annonceurs.

1.2.1.3. Le cas des plates-formes de partage de vidéos

Leur modèle économique est également celui de la valorisation d'une audience auprès des annonceurs publicitaires. Même si, à la différence des moteurs de recherche et portails

²⁵ Carolyn O'Hara et Travis Daub, *Google's Hidden Payroll*, The Christian Science Monitor, 28 mars 2006 (http://www.usatoday.com/tech/news/2006-03-28-google-adsense_x.htm); Bob Tedeschi, *Google's Shadow Payroll Is Not So Secret Anymore*, The New York Times, 16 janvier 2006 (<http://www.nytimes.com/2006/01/16/technology/16ecom.html>).

²⁶ Bo Xing et Zhangxi Lin, *The impact of Search Engine Optimisation on Online Advertising Market*, Rawis College of Business Administration, Texas Tech University, 2006.

²⁷ Digiworld, Idate, 2006.

mentionnés plus haut, ces plates-formes n'affichent pas encore de bénéfices²⁸, leur potentiel de valorisation est jugé important, ainsi qu'en atteste le rachat de YouTube par Google.

Né en 2005, Dailymotion est un site français permettant à tout internaute de poster et de partager gratuitement ses propres vidéos. La plate-forme, qui attire dans l'hexagone²⁹ autant d'internautes que YouTube, compte aujourd'hui parmi les 60 premiers sites mondiaux et rassemble 13 millions d'utilisateurs inscrits³⁰ ; 15 000 vidéos sont mises en ligne chaque jour sur le site ; 667 millions de vidéos y sont vues chaque mois.

Trois types de vidéos sont proposés :

- celles en provenance du « commun » des internautes selon une logique de sites UGC (« user generated content », c'est-à-dire de sites de contenus « postés » par des utilisateurs) ;
- les vidéos issus du programme 'motion maker' visant à encourager et à distinguer les vidéos les plus créatives des internautes. Il y a aujourd'hui 7000 motion maker, dont 5000 en France. Certaines vidéos (surtout de court métrage) font l'objet de projections au cinéma ;
- les vidéos issues du programme 'official user' visant à distinguer des partenaires (Rue 89, Libération...) à la recherche d'une visibilité particulière grâce à l'hébergement de leurs vidéos.

Les programmes « motion maker » et « official user » représentent 5 % du total des vidéos mais sont en progression constante. Des partenariats sont également développés avec de grands groupes médias ou des producteurs qui font désormais héberger des extraits de leurs vidéos sur Dailymotion. Dans ce cas, la vidéo est accessible à la fois par l'intermédiaire du site d'origine et via un accès sur le site de Dailymotion ; en outre la vidéo concernée est marquée par un « player » embarqué et comporte le cadre Dailymotion, qui paye par ailleurs la bande passante. 30% des vidéos seraient ainsi vues à l'extérieur de la plate-forme. Malgré ces développements, Dailymotion n'envisage pas d'évoluer vers un modèle premium payant ou Fremium.

Chez Dailymotion comme chez YouTube, les publicités sont présentes sur la page d'accueil du site, qui comporte des éléments édités ou sélectionnés par la plate-forme ; elles peuvent également apparaître sur la page de visionnage d'une vidéo, en général sous la forme d'une bannière. L'annonceur peut en outre demander que la publicité proposée soit ciblée en fonction du contenu des vidéos, auquel cas les tarifs pratiqués sont plus élevés. De nouveaux formats de publicité sont développés à cet effet. Il en va ainsi en particulier de l'insertion la publicité au début ou la fin de la vidéo. Ce ciblage des publicités, qui n'est proposé aujourd'hui que pour les vidéos des partenaires commerciaux, s'effectue avec l'accord du propriétaire de la vidéo : celui-ci peut choisir le type de publicité concernée, tandis que les annonceurs sélectionnent certaines catégories de contenus. L'objectif des plates-formes, qui se chargent de la tarification, est que cette mise en relation, ce double paramétrage, soit le plus automatisé possible.

²⁸ Dailymotion, devrait réaliser plus de 10 millions d'euros de chiffre d'affaires en 2008 et son PDG a annoncé récemment qu'il espérait « devenir rentable dans les prochains mois ».

²⁹ En raison de différences culturelles et de l'importance de la langue, il n'est pas rare que les internautes aient tendance à choisir une plate-forme locale. C'est le cas pour le site Dailymotion en France, sur lequel on trouve une majorité de vidéos en langue française. Un succès tel que celui du moteur de recherche Baidu, implanté en Chine depuis 2000, illustre également le poids des références locales.

³⁰ L'inscription est nécessaire pour mettre en ligne des vidéos.

I.2.1.4. Les portails communautaires

Le modèle économique de plates-formes communautaires telles que Skyrock.com ou MySpace - premier réseau social mondial, cette dernière revendique 210 millions de membres - est également publicitaire. 90 % des revenus de Skyrock.com proviennent ainsi de la publicité, 10% des services facturés aux utilisateurs (SMS, audiotel...). L'essentiel de ces revenus publicitaires provient des bannières (« display ») figurant en tête de page de chaque blog - mais non sur les parties éditées par les blogueurs - et sur la page d'accueil du site. Les annonceurs peuvent en outre demander un ciblage des publicités en fonction des thèmes de blogs ; ils ne peuvent en revanche demander à paraître sur un blog en particulier, sauf à commander un blog publicitaire, distingué comme tel par la mention « officiel ».

I.2.2. Les autres modèles économiques en présence

I.2.2.1. L'abonnement payant

Ce modèle est celui des opérateurs de télécommunications (fixes ou mobiles), qui, en échange d'un abonnement, offrent un accès à plusieurs types de services : communication par voix, texte ou visiophonie, Internet, vidéos (chaîne de TV linéaire, VOD). Pour offrir l'accès à ces services, les opérateurs doivent engager en général de forts investissements préalables dans les infrastructures de réseau et de commutation (exemple de la fibre optique aujourd'hui). La multiplicité et la qualité des services auxquels il est donné accès sont des éléments clés pour justifier le recours à certaines formules de tarifications, tels les forfaits illimités.

Sans qu'il soit possible de mesurer précisément l'impact de la politique de dégroupage³¹ de la boucle locale sur l'essor de l'accès à l'Internet, des intérêts économiques variables dans le temps se dégagent assez nettement pour les fournisseurs d'accès à internet.

La structure des coûts des fournisseurs d'accès à l'Internet n'est pas favorable au développement de marges substantielles, du moins en période de conquête de marché, et accroît l'écart entre opérateur ayant choisi l'une ou l'autre option de dégroupage. Des marges positives sont obtenues dans des cas de dégroupage total, où les firmes investissent dans leur propre réseau³². En conséquence, deux stratégies s'opposent : soit en faveur de l'investissement dans les réseaux en vue d'un dégroupage total et une limitation des coûts de raccordement au réseau de l'opérateur historique, soit l'absence d'investissement dans les réseaux. La première hypothèse est de nature à dégager davantage de marge, mais à court terme, la situation financière ne favorisant pas la montée en débit pour la plupart des

³¹ Il existe deux régimes de dégroupage :

- le dégroupage total : fournir à un bénéficiaire un accès à la boucle locale de l'opérateur historique autorisant l'usage de la totalité du spectre de fréquences disponible sur la paire de cuivre, le client final n'est alors plus abonné de *France Télécom* ;

- le dégroupage partiel : mise à disposition de l'opérateur tiers de la bande de fréquence « haute » de la paire de cuivre, sur laquelle il peut alors construire, par exemple, un service ADSL, la bande de fréquence basse (utilisée traditionnellement pour le téléphone) restant gérée par *France Telecom* ;

- s'ajoute la possibilité pour un opérateur d'être distributeur de services d'accès à l'Internet sans avoir choisi l'une des options précédentes.

³² Free a ainsi expliqué que les zones dégroupées représentent 10 % du territoire mais 80 % des abonnés et que la marge nette diffère selon qu'on est en zones dégroupées (15,6 €) ou pas (déficit de 6,8€) : les abonnés dégroupés financent ainsi les pertes structurelles liées aux abonnés en zones non dégroupées.

FAI, l'essentiel de la concurrence devant alors porter sur la fidélisation des abonnés et le développement de l'ARPU par des services à valeur ajoutée au nombre desquels les offres de contenus devraient jouer un rôle important.

Au départ pour favoriser le développement du marché, aujourd'hui sous la pression concurrentielle et afin de trouver de nouveaux relais de croissance, les opérateurs ont été conduits à proposer eux-mêmes certains services et contenus, plus ou moins proches des offres de télécommunication et des terminaux qu'ils distribuent : outre des services de messagerie et des moteurs de recherche, tous les opérateurs majeurs proposent par exemple des contenus média vidéo dans le cadre de leur offre triple play, aussi bien en télévision qu'en VOD ; des solutions logicielles de type média center et des services de stockage sont également proposées par des opérateurs comme Neuf et Free. Ces opérateurs perçoivent par ailleurs des revenus publicitaires sur leur portail qui ne sont pas nécessairement négligeables (entre 5 et 10 % du chiffre d'affaire des opérateurs fixes) ; la part de marchés publicitaire des opérateurs de télécommunication demeure toutefois marginale par rapport aux grands acteurs d'Internet.

La hausse constante de la consommation de bande passante d'une part, l'importance des financements nécessaires à engager pour mettre à niveau les infrastructures du Web, après une phase de sous-investissement, d'autre part, conduisent aujourd'hui les opérateurs de télécommunication à s'interroger sur l'évolution de leur stratégie économique.

Compte tenu de la difficulté de faire payer davantage les abonnés dans un contexte de forte concurrence, plusieurs pistes sont explorées. Mettant en avant les coûts générés par la multiplication du « peer to peer », des plates-formes d'échanges de vidéos comme YouTube, et de manière générale l'ensemble nouveaux services qui ne cessent de se diffuser sur le web, des opérateurs de télécommunication américains ont lancé l'idée d'une remise en cause du modèle de l'Internet fixe, par exemple à travers une facturation différenciée du transport selon le type de données et surtout selon leur vitesse, voire en privilégiant l'accès de leurs abonnés à des sites qui seraient disposés et auraient les moyens de payer une qualité de service améliorée – ou une qualité de service non dégradée selon le point de vue adopté. C'est l'un des volets du débat actuellement en cours aux Etats-Unis sur la neutralité de l'Internet. L'idée d'un prélèvement des opérateurs télécoms sur les revenus publicitaires générés par les sites internet et services à forte audience est également évoquée.

I.2.2.2. La facturation d'une capacité de stockage

Ce modèle est celui des prestataires qui proposent à leurs clients la location d'infrastructures techniques et l'hébergement des sites web : il repose sur la mise à disposition aux éditeurs de sites Internet de serveurs de stockage informatique rapides et performants.

La société OVH, auditionnée par la commission, en est l'exemple type, même si elle propose à la marge d'autres services (outils de messagerie). Le modèle économique d'OVH paraît certes reposer lui aussi sur l'audience générée par les sites hébergés puisque le prix de location d'une capacité de stockage à ses clients - ceux-ci paient un forfait fixe modifié par paliers en fonction des besoins de stockage nécessaire - sera d'autant plus importante que les sites hébergés seront fortement fréquentés. Néanmoins, OVH est totalement indifférente aux contenus des sites hébergés et à la nature web 2.0 ou 1.0 de ceux-ci ; la société ne perçoit aucun revenu publicitaire de la part des annonceurs ou des éditeurs de sites hébergés ; sa rémunération n'est pas liée au nombre de pages vues, contrairement au modèle économique des sites communautaires. En outre, ce n'est pas OVH qui construit l'audience des sites ou entre en relation avec les internautes. Par ailleurs, dans une même tranche de prix, le client ne paie pas plus s'il consomme plus ; ceux qui consomment peu de bande passante paient alors pour ceux qui en consomment davantage.

1.2.2.3. L'intermédiation des plates-formes de commerce électronique

Le modèle de sites tels que eBay, première plate-forme de commerce en ligne, créée en 1995, ou PriceMinister, son concurrent français lancé en 2000, est celui d'un intermédiaire entre acheteurs et vendeurs. Ces sites offrent aux internautes, particuliers ou professionnels, une plate-forme technique leur permettant de rechercher, de vendre, et d'acheter tous types de produits et services ; ils se rémunèrent grâce aux frais d'insertion (de mise en vente) payés par les vendeurs, qui sont fonction du prix de départ de l'objet, et/ ou une commission sur le prix final payé par l'acheteur ; des frais supplémentaires peuvent être mise à la charge du vendeur en cas d'option de mise en vente (photographie...). Les revenus de ces prestataires, qui jouent le rôle d'une place de marché virtuelle, peuvent donc être proportionnels au volume des transactions effectuées.

A la différence d'eBay, PriceMinister se présente non seulement comme un intermédiaire mais également comme un mandataire dans le processus d'achat : la plate-forme perçoit, pour le compte du vendeur, le montant de la vente versé par l'acheteur, le conserve sur un compte séquestre, et ne paie le vendeur qu'une fois le produit réceptionné par l'acheteur.

Les utilisateurs d'eBay ou de PriceMinister et en particulier les vendeurs sont majoritairement des particuliers ; il peut s'agir également de vendeurs professionnels, notamment des entreprises individuelles. Le nombre de ces vendeurs professionnels oscille selon les plates-formes de 10.000 à 15.000. Pour autant, ils sont à l'origine d'une part importante du volume d'affaire réalisé. Ainsi, chez PriceMinister, environ un tiers des ventes est généré par environ 10 % des vendeurs. eBay affirme pour sa part que 1,3 millions d'utilisateurs dans le monde vivent de leurs revenus sur la plate forme. eBay déclare en outre que le site aurait permis, depuis sa création en 2000, à 35 000 entrepreneurs de créer leur entreprise ; environ 20 000 emplois auraient été créés en France, en dehors d'eBay.

L'ensemble de ces vendeurs mettent en ligne un nombre important de produits chaque jour. Ainsi, eBay annonce environ 6,9 millions de produits nouveaux mis en vente sur l'ensemble de ses 39 sites dans le monde. PriceMinister enregistre, quant à lui, plus de 350.000 nouveaux produits mis en vente sur son seul site français. Par ailleurs, eBay indique que 115 millions³³ de produits sont disponibles à chaque instant sur l'ensemble de ses sites tandis que PriceMinister a, en permanence, 120 millions³⁴ de produits disponibles sur l'ensemble de ses sites.

Fonctionnant à l'origine comme un site de vente aux enchères, eBay propose également depuis 2000 des ventes à prix fixe. Le groupe eBay.Inc a par ailleurs développé des activités complémentaires comme le système de micro-paiement Paypal mais aussi des activités plus proches de celles des portails, telles la VoIP (acquisition de Skype). Le chiffre d'affaire du groupe annoncé pour 2007 s'élève à 7,6 milliards USD.

Comme pour d'autres prestataires n'ayant pas un mode de financement principalement publicitaire, la publicité est cependant pour les plates-formes de commerce électroniques une source complémentaire de revenus, qui représente parfois environ 15% du chiffre d'affaires.

1.2.2.4. L'économie du don et du bénévolat

³³ Chiffres au 31 mars 2008.

³⁴ Chiffres au 10 juin 2008.

Ce modèle est par exemple celui d'une encyclopédie collaborative en ligne comme Wikipédia, qui repose sur trois acteurs principaux :

- la communauté (l'ensemble des contributeurs-rédacteurs) édicte des règles et choisit un comité d'administrateurs chargés de les mettre en œuvre, notamment en retirant certains articles mis en ligne.

- la Wikimedia foundation, qui détient la marque wikipédia et supporte l'essentiel des coûts : elle héberge le site, achète les noms de domaines, paye les serveurs et la bande passante (après avoir beaucoup augmenté, le trafic connaît aujourd'hui une hausse plus lente)). Le budget de wikipédia s'élève à 4, 5 millions de dollars, soit environ 3 millions d'euros. Le financement d'effectue grâce principalement grâce à des dons (+ de 35 000 donateurs réguliers), puis grâce aux marques concédées. Le don moyen s'élève à 20 -30 dollars et provient à 80 % des Etats-Unis.³⁵

- un réseau d'associations, à l'image de wikimédia France, qui est une association loi de 1901, dont le président est un bénévole.

I.3. Le marché de la publicité en ligne : un potentiel de croissance important mais au détriment des autres médias

Le niveau de dépenses publicitaires à l'échelle mondiale devrait s'élever en 2008 à 479 milliards USD (310 Md€), en croissance de 7% par rapport à 2007³⁶. Cette expansion est le résultat du développement de marchés comme la Chine ou la Russie, les perspectives des marchés occidentaux étant beaucoup plus moroses. Le poids dans le PIB du marché publicitaire global s'y érode en effet : il est par exemple passé de 2,06 en 2000 à 1,77 % en 2007 en France³⁷.

La publicité sur Internet, bien que très récente, est devenue le principal moteur de la croissance du marché publicitaire, avec des taux de progression ces trois dernières années d'environ 30% par an. Les dépenses publicitaires sur Internet, qui représentaient 4,6 % des dépenses publicitaires totales au niveau mondial en 2005, devraient dépasser 9 % de ce total en 2008 et atteindre 11,5 % en 2010³⁸. Aux Etats-Unis, les dépenses des annonceurs sur le Web devraient atteindre 27,6 milliards de dollars en 2008 (18,8 milliards d'euros) en données brutes³⁹ et pourraient presque doubler d'ici à trois ans. En données nettes, elles devraient atteindre 22,9 milliards de dollars⁴⁰. Les Etats-Unis restent de loin le marché le plus important au monde, les marques américaines dépensant historiquement davantage que les européennes pour leurs réclames et ayant fait plus tôt le choix de se développer sur Internet. S'agissant du marché européen, Jupiter Research prévoit un quasi-doublement de la publicité en ligne en Europe entre 2007 et 2012, de 7,7 milliards d'euros - en revenus nets collectés par les moteurs de recherche ou les sites Internet -, à 13,9 milliards en 2012. En France, après avoir connu des taux de croissance entre +50 % et +30% au cours des dernières années, la croissance en 2008 du marché publicitaire sur Internet devrait être de 10%. Ce marché jeune connaît donc un premier tassement mais compte toujours beaucoup de nouveaux entrants.

³⁵ Wikipédia vient pas exemple de recevoir de la part de La Fondation Alfred P. Sloan l'un des plus importants dons monétaires de sa jeune histoire ; cette fondation, créée en 1934 par Alfred P. Sloan, Jr., alors président et directeur général du fabricant automobile américain General Motors (GM) et qui s'intéresse surtout aux domaines de la science et de la technologie, du niveau de vie et des sciences économiques, a décidé de verser trois millions de dollars sur trois ans à l'encyclopédie en ligne, soit un million par an.

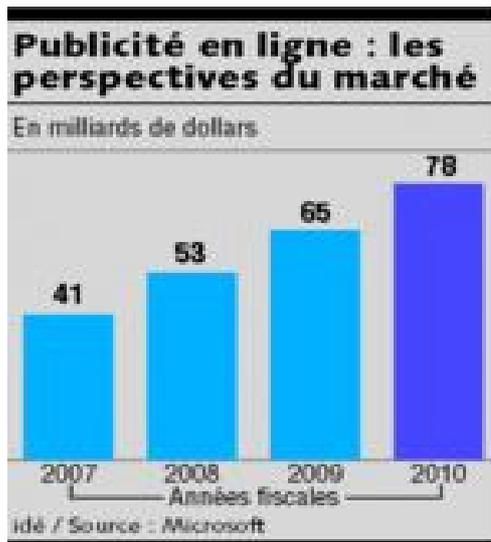
³⁶ Source : agence média GroupM.

³⁷ Source : France publicité.

³⁸ Source : agence Zenith Optimedia qui estime le marché mondial de la publicité sur Internet en 2008 à 44,6 Mds de dollars.

³⁹ Source : Institut américain Yankee Group. Les données brutes ne prennent pas en compte les éventuelles réductions accordées par les sites aux annonceurs.

⁴⁰ Source : Jupiter Research.



Les experts du secteur s'accordent pour considérer que le potentiel du marché publicitaire sur Internet demeure important. D'une part, l'audience d'Internet devrait s'accroître avec l'augmentation de la pénétration d'Internet dans les foyers, l'essor du haut débit et la croissance du temps moyen passé sur Internet. D'autre part, le poids du web au sein du marché publicitaire demeurerait modeste en comparaison du temps passé en ligne et des avantages de ce type de format. Les stratégies des grands acteurs du secteur attestent de leur confiance dans ce potentiel. Steve Ballmer, PDG de Microsoft, justifiait, le 1^{er} février, la tentative d'OPA de son entreprise sur Yahoo! par un marché publicitaire en ligne de « 80 milliards de dollars en 2010 ».

Si le marché de la publicité sur Internet est en pleine croissance, il demeure toutefois de faible taille pour l'instant. Il est en France largement inférieur à celui d'une chaîne de télévision telle que TF1. Le Web représente en effet en 2007 2,3 % du marché publicitaire français. Le marché est également très éclaté, caractérisé par la présence d'un grand nombre d'acteurs, notamment 148 régies et approximativement 20 000 sites. Au contraire, dans le domaine télévisuel, on ne compte que 3 principaux acteurs.⁴¹

De plus, l'accroissement du marché de la publicité sur Internet dans un contexte de morosité du marché publicitaire global signifie que l'on assiste à une augmentation de la part relative d'Internet sur le marché publicitaire. Internet n'a donc pas contribué jusqu'à présent à augmenter la taille du marché publicitaire global mais des effets substitution entre médias ont eu lieu. Si la télévision demeure le média privilégié, avec un poids relativement stable (de l'ordre de 40 %), le poids relatif du média Internet ne cesse de croître, principalement au détriment de la presse qui connaît un ralentissement significatif de la progression des investissements publicitaires. D'après les données de France publicité, qui reposent sur un déclaratif des dépenses des annonceurs⁴², sur marché total de 32,7 milliards d'euros⁴³, les

⁴¹ Le budget publicitaire de TF1 s'élèverait à environ 1,7 mds d'euros ; celui de France Télévisions à 800 millions (publicité et sponsoring). Selon certaines estimations, si la fin de la publicité sur France télévision devrait profiter d'abord à d'autres chaînes de télévision, une proportion d'un tiers de dépenses pourrait se reporter sur le web.

⁴² Les données citées doivent être considérées avec précaution. Certains experts considèrent que, dans la mesure où les estimations de France publicité reposent sur des déclarations des annonceurs et que tous les annonceurs ne déclarent pas leurs investissements, le marché de la publicité sur Internet peut en réalité être évalué approximativement à 1,2 Milliards d'euros. Il existe par ailleurs un écart entre l'évaluation de France publicité et celle de TNS Media Intelligence selon laquelle le marché global en France atteindrait un montant de 23 milliards d'euros tandis qu'Internet attirerait 12 % des dépenses réalisées par les annonceurs, pour un montant d'investissements brut de 2,768 milliards d'euros. Il a été précisé à la commission que l'estimation TNS concernait les seuls médias et n'incluait donc pas, en particulier, le marketing direct ce qui expliquerait un tel écart ; en outre l'estimation TNS reposerait sur un calcul des "investissements bruts" à partir des tarifs annoncés, ce qui ne tiendrait pas compte de diverses remises accordées par les sites aux annonceurs et de certains modes de paiement (paiement au clic).

dépenses publicitaires sur Internet se sont élevées à 740 millions d'euros : 430 millions d'euros ont été dépensés pour les formats reposant sur l'affichage graphique ; 310 millions d'euros ont été consacrés aux liens sponsorisés. Si Internet n'atteint pas encore les parts de marché de la presse écrite (13,4 %) ou de la télévision (13,2 %), il talonne en revanche la radio (2,9 %). Il pourrait d'ailleurs dépasser la radio en 2008, si les dépenses des annonceurs sur ce média continuent à diminuer.⁴⁴

La chaîne économique de la publicité sur Internet repose sur différents acteurs : les annonceurs, les agences de création, les régies Internet mais aussi les agences média. Les régies Internet commercialisent auprès des annonceurs l'espace publicitaire de sites supports partenaires dont ils valorisent le potentiel d'audience et la masse d'audience. Les grands sites Internet ont mis en place leurs propres régies publicitaires : la régie publicitaire de Google est ainsi considérée comme la plus grosse régie internet du monde ; les plateformes communautaires développent également leur propre régie publicitaire interne, à l'image de Dailymotion, qui y consacre une quinzaine de personnes. Les agences média négocient pour le compte des annonceurs l'achat d'espaces publicitaires auprès des régies, en fonction, notamment, des sites supports qui sont les partenaires de ces régies et des différentes offres de ces supports. Les régies publicitaires se rémunèrent grâce à un pourcentage des revenus publicitaires (frais de régie) payés par les annonceurs, le reste revenant aux sites supports. Ce pourcentage varie selon les accords existants avec les sites supports, le type de format utilisé... Il semble qu'en moyenne deux tiers des revenus reviennent au site support. Ce sont toutefois les portails (Orange, Msn, Yahoo, AOL...), les moteurs de recherche et les gros sites médias (ex : TF1, M6, doctissimo, aufeminin, skyrock...) qui captent l'essentiel de la publicité. Le marché publicitaire sur Internet demeure largement concentré autour de ces acteurs majeurs, qui tels Google, Yahoo ou MSN captent la plus grande part de l'audience. D'après certaines estimations, au niveau mondial, 30 à 40% des dépenses des annonceurs dans les formats « liens sponsorisés » correspondraient à la part de marché de Google.

L'une des questions posée est donc de savoir si les éditeurs de contenus qui subissent l'effet de substitution de la publicité entre Internet et les autres médias, pourraient profiter de ce nouvel environnement pour obtenir un meilleur retour grâce à la publicité sur Internet ou si au contraire, hormis pour les grands portails, ils seront doublement perdants, du fait notamment du coût de celle-ci (moyens humains, notamment pour le suivi des campagnes, coût technique et en termes d'hébergement et d'utilisation de bande passante), qui n'est pas nécessairement aujourd'hui répercuté sur l'annonceur, afin de gagner des parts de marchés.

⁴³Répartis de la manière suivante entre les différents supports :

- marketing direct 30% ;
- promotion : 16%
- Salons-Foires :5%
- Parrainage : 3%
- RP : 6%
- Mécénat : 1%
- Annuaire : 4%
- presse : 13%
- télévision : 13%,
- cinéma 0,4 %
- radio : 3%
- Internet : 2 %
- Affichage : 4%

⁴⁴ Premier poste de dépense des annonceurs, le marketing direct représente (voir note ci-dessus) près de 30 % des sommes déboursées en communication, soit 9,7 milliards d'euros. Les Opérations de mailing et d'e-mailing contribuent à près de la moitié des coûts de marketing direct.

I.4. Quelle place pour les industries de contenus dans ces modèles d'audience ?

Par-delà leurs différences, les prestataires d'Internet étudiés partagent un modèle de captation et de monétisation d'audience sur les réseaux - hors le cas particulier des prestataires qui s'inscrivent dans une économie du don ou du bénévolat -. De nombreuses plates-formes (moteurs de recherche, plates-formes de partage et de commerce en ligne ...) se réclament à cet égard du modèle économique de la « longue traîne », décrit par Chris Anderson : ⁴⁵ il s'agit pour elles de valoriser auprès des annonceurs l'agrégation de micro audiences générées par les milliers de pages du site mais aussi de permettre à des annonceurs de toute taille de faire de la publicité. La modèle repose à la fois sur la diversité très importante des contenus proposés et sur l'optimisation des coûts de production ou de publication en ligne du contenu, grâce à une forte automatisation du processus.

Tout en en reconnaissant que **le modèle de la longue traîne** n'a pu être validé empiriquement à ce stade pour des sites comme YouTube ou Dailymotion (mais a néanmoins été validé pour d'autres sites plus anciens tels qu'Amazon, Google ou eBay), et que les premiers revenus proviennent aujourd'hui des vidéos des principaux ayants droit partenaires du site, les représentants de ces plates-formes ont précisé que leur objectif économique était bien de valoriser également les micro audiences générées par les vidéos éditées par des acteurs plus modestes. De leur point de vue, si certaines plates-formes communautaires relèvent, comme les médias, d'un modèle de marché biface, elles s'en distinguent toutefois : alors que les médias traditionnels reposent sur une sélection limitée (ne serait-ce que techniquement) de contenus et visent pour chacun une audience forte, les plates-formes communautaires reposent sur l'agrégation de millions d'audiences – depuis quelques consultations jusqu'à plusieurs millions – de contenus non sélectionnés mis en ligne à l'initiative de l'internaute.

Certains membres de la commission ont préféré souligné l'importance d'une audience globale. Ils considèrent que les plates-formes en cause relèvent d'un **modèle de subventions croisées** dans lequel les contenus donnant lieu à une valorisation publicitaire - soit les contenus édités de la page d'accueil et les vidéos des partenaires de ces sites - servent à financer l'activité d'hébergement des vidéos sans publicité. Le cas de Dailymotion, qui, on l'a vu, développe trois types de contenus, en serait l'illustration : le modèle économique « éditeur » correspondant aux 2^e et 3^e catégories de contenus, qui seules font l'objet d'une monétisation, permet de financer l'hébergement des vidéos de la première catégorie, celles générées par les utilisateurs « classiques » du site. De même les services nouveaux développés par Google à côté du moteur de recherche (comme Google Actualité, Google.maps ou Google.docs) qui ne rapportent pas toujours de rémunération directe, participent néanmoins de l'augmentation d'une audience globale de la firme et des effets de marque associés. Ces services peuvent être considérés comme une base d'appel sur laquelle sera construite la seule production effectivement vendue par Google, l'accès à l'audience⁴⁶.

Plus que les modèles économiques eux-mêmes (comme nous l'avons déjà souligné, le marché biface publicitaire des médias gratuits est très ancien), la nouveauté tient à la multiplication des prestataires qui sont amenés, dans une logique de valorisation de leur

⁴⁵ Anderson, Chris (2004), "The Long Tail", Wired, at: http://wired.vig.wired.com/wired/archive/12.10/tail_pr.html L'idée développée par Chris Anderson est que les produits qui sont l'objet d'une faible demande, ou qui n'ont qu'un faible volume de vente, peuvent collectivement représenter une part de marché égale ou supérieure à celle des best-sellers lorsque, grâce à Internet et à la baisse des coûts marginaux de diffusion et de stockage, les canaux de distribution peuvent proposer beaucoup plus de choix que dans le monde physique.

⁴⁶ Waughy Xavier (2008), No free lunch sur le web 2.0 ! Ce que cache la gratuité apparente des réseaux sociaux numériques, Regards économiques, N° 59, mai, Institut de Recherche Economique et Sociale de l'Université de Louvain (IRES) (Belgique).

audience, à mettre à la disposition du public des productions protégées par la propriété intellectuelle et à l'ampleur des échanges réalisés. Les nouveaux services en ligne surprennent tant par leur échelle et la quantité de contenus rendus accessibles que par le confort et la rapidité d'accès qu'ils offrent aux internautes. Leur utilisation comme nouveaux vecteurs de contrefaçon donne toutefois lieu à des contentieux de plus en plus nombreux.

I.4.1. Des formes multiples d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle

On a assisté ces deux dernières années à la multiplication des actions judiciaires dirigées contre des prestataires de l'Internet pour des atteintes aux droits de propriété intellectuelle qu'il s'agisse du droit d'auteur, de droits voisins ou des droits de propriété industrielle (notamment droit des marques⁴⁷, dessins et modèles, brevets). On peut citer, parmi les nombreuses problématiques évoquées à ce titre :

I.4.1.1. La vente de contrefaçons d'objets physiques sur Internet

Elle s'effectue par deux biais principaux. Tout d'abord, il s'agit des sites éphémères spécialisés en contrefaçon (« sites-champignons ») créés directement par les producteurs, à destination de revendeurs (« professionnels à professionnels » ou « Business to business » ou B2B) ou du consommateur final (« professionnels à particuliers » ou « business to consumer » ou B2C). Ces sites sont rendus aisément accessibles par l'intermédiaire de moteurs de recherche ou de publicités diffusés sur l'internet.

La vente d'objets contrefaisants s'opère également par l'intermédiaire des plates-formes de commerce électronique (« particuliers à particuliers » ou « consumer to consumer » ou C2C). Selon une étude récente le chiffre minimal de la vente de produits contrefaisants via les sites B2B et B2C⁴⁸ sur le territoire français s'élèverait à 83 millions d'euros, pour près d'un million d'articles. Ce chiffre correspond à l'offre de contrefaçon constatée par les services des douanes et par les principales plateformes (par filtrage, notification et retour de produits). Il demeure donc partiel et ne permet de se rendre compte que de la face visible de l'iceberg.

Selon les éléments communiqués par PriceMinister, il apparaît que les principaux produits contrefaisants sont les produits informatiques, multimédia, textiles, sports et habillement, cosmétiques, et produits culturels (DVD, CD, jeux vidéo). La plate-forme a ainsi indiqué que 50% des vendeurs bloqués par ses soins voulaient proposer à la vente des produits de type « mode, textile ou cosmétique » tandis que 30% de ces vendeurs proposaient des produits du monde de l'informatique. Au travers du contrôle desdits vendeurs suspectés de proposer à la vente de la contrefaçon, la plate-forme a pu établir des éléments permettant d'identifier l'origine des produits. Plus de 85% des vendeurs ont indiqué s'être alimenté sur l'internet soit auprès d'autres plates-formes de commerce électronique, soit auprès de sites champignons. La part de l'approvisionnement dans le monde réel demeure donc faible.

⁴⁷ Strowel Alain (2007) Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ? Journal des tribunaux, Larquier, n° 6278, Belgique.

⁴⁸ « Evaluation de l'ampleur de la vente des produits contrefaisants sur Internet » Rapport rédigé sous la direction de Eric Schmidt, Directeur du département Affaires publiques Compagnie Européenne d'Intelligence Stratégique, pour le ministère des finances. L'étude a exclu de son champ la contrefaçon des produits pharmaceutiques, qui repose sur d'autres canaux de diffusion.

I.4.1.2. La mise à disposition non autorisée de productions immatérielles protégées par le droit d'auteur

Après le succès des réseaux décentralisés de P2P, celui du web 2.0 marque l'apparition d'intermédiaires donnant aux consommateurs de nouveaux moyens d'accéder aux contenus créatifs.

Les «contenus créatifs diffusés en ligne» désignent les contenus et services tels que les créations audiovisuelles en ligne (cinéma, télévision, musique et radio), les jeux en ligne, la publication en ligne, les contenus éducatifs en ligne ainsi que les contenus créés par les utilisateurs. Selon l'étude sur les contenus interactifs et la convergence⁴⁹, qui couvre les 25 pays de l'Union européenne, les revenus provenant des contenus en ligne devraient plus que quadrupler entre 2005 et 2010 et passer de 1,8 à 8,3 milliards d'euros.

A côté de ce marché naissant, s'organise une économie parallèle de la contrefaçon. Bien que les activités en cause et par suite les questions juridiques soulevées soient souvent très éloignées, plusieurs problématiques ont été évoquées à ce titre lors des travaux de la commission.

La commission s'est tout d'abord intéressée au cas des plates-formes communautaires, qui ont été mises en cause par certains ayants droits pour la diffusion non autorisée d'oeuvres ou d'extraits protégées ; ces plates-formes ont également été accusées d'être le réceptacle d'oeuvres dites "dérivées", reproduisant, sans l'accord d'un ayant droit, le texte, le son, l'image ou la vidéo d'un auteur, d'un artiste, d'un producteur ou d'un distributeur. En l'absence à ce jour d'une étude précise du phénomène, les évaluations évoquées devant la commission (entre 2 et 10 % des contenus postés sur les sites en cause) restent largement hypothétiques et sont fortement contestées par les sites concernés. La réalité du phénomène n'est toutefois pas niée et la multiplication des actions judiciaires comme les efforts entrepris par les plates-formes en cause pour endiguer le phénomène (cf. infra) conduisent à penser que celui-ci est loin d'être négligeable.

Le rôle de certains services Internet comme vecteurs d'atteintes aux droits d'auteur d'œuvres audiovisuelles et musicales a également été évoqué. Ces services sont les trackers bittorent, les services de « Direct Download », et les newsgroups. Ils se caractérisent du point de vue des internautes par une possibilité de mise à disposition et de téléchargement de milliers de contenus musicaux et/ou audiovisuels, leur facilité d'utilisation, l'anonymat relatif des utilisateurs et la rapidité d'accès aux contenus illicites.

Bittorent est un système d'échange de fichier utilisant les techniques du P2P. Des serveurs annuaires, appelés trackers, mettent en relation les utilisateurs de bittorent et coordonnent le téléchargement des pièces de chaque fichier. Tous les utilisateurs participent au partage en recevant et en envoyant des parties de fichiers, ce qui permet d'optimiser le transfert des données et de limiter la charge sur le fichier source. Les trackers Bittorent servent ainsi à injecter des fichiers à travers Internet de manière intensive et permettent un téléchargement beaucoup plus rapide pour les utilisateurs (2/3 heures au lieu d'environ une journée).

Les services de « Direct Download » sont des services de stockage, de partage et d'envoi de fichiers. Les contenus adressés par les utilisateurs sont stockés sur les serveurs de ces services et transformés en liens URL pouvant être ensuite envoyés par e-mail, ou postés sur un forum, une page web, un site...L'exemple de dl.free.fr a été cité. Le service est gratuit pour tous mais avantage les abonnés du FAI, qui bénéficient d'un téléchargement plus rapide (4 minutes au lieu d'environ 4 heures pour les abonnés des autres FAI). Du point de

⁴⁹ Etude «Interactive Content and Convergence; Implications for the Information Society», commandée par la direction générale Société de l'information et médias de la Commission européenne, publiée le 25 janvier 2007.

vue de l' « uploader », ce service gratuit permet à tout internaute d'envoyer des fichiers d'un volume important (de 1G° jusqu'à 10 G° en utilisant un client FTP). Le nombre de fichiers uploadés est illimité. Du point de vue de l'utilisateur, un accès est offert vers des liens directement téléchargeables. Le nombre de fichiers téléchargeable est illimité.

Les liens vers des fichiers mis à disposition sur les services de type dl.free, mininova (30 millions de visiteurs uniques par mois) ou rapidshare peuvent être trouvés en utilisant des moteurs de recherche généralistes ou spécialisés qui en assurent le référencement. La finalité des moteurs de recherche spécialisés dans le référencement de ces fichiers est de permettre à l'internaute de centraliser ses requêtes et de trouver plus facilement les contenus recherchés (types de contenus référencés : audio, vidéo, jeux, films, software...). Ils simplifient la démarche de l'internaute en lui évitant de formuler les requêtes plus complexes auprès des moteurs de recherches généralistes.

Les newsgroups⁵⁰ reposent sur le réseau Usenet qui servait à l'origine essentiellement pour l'échange d'information sous forme de contenus textuels, mais est désormais également utilisé pour l'échange de fichiers binaires (vidéos, musique...) grâce aux évolutions des protocoles utilisés (UUCP & NNTP). Cette évolution en fait le support du téléchargement de contenus illégaux. Les newsgroups reposent ainsi sur deux entités : d'une part, les serveurs de news qui stockent les messages envoyés par les utilisateurs et les propagent aux autres serveurs de news, grâce à un ensemble de protocoles ; chaque serveur établit donc des relations bilatérales avec d'autres serveurs de newsgroups (peering) ; d'autre part, les postes des utilisateurs /clients qui envoient les messages ou lisent les messages envoyés par les autres utilisateurs, à l'aide de certains logiciels spécifiques, gratuits ou payants. Il existe deux moyens pour accéder au réseau Usenet : les fournisseurs d'accès spécifiques à usenet (FAU), qui sont payants et certains FAI généralistes. En France, il s'agit exclusivement de Free. Free propose gratuitement l'accès à ce réseau grâce à son propre serveur de newsgroups : c'est ainsi que Free collecte l'information sur le réseau Usenet et la rend accessible à ses abonnés en la stockant sur ses propres serveurs (de news) et en conservant les données de 11 à 12 jours. Les fournisseurs payants comme Giganews ou Newshosting proposent un accès à beaucoup plus de fichiers (grâce à une rétention qui peut aller jusqu'à 90 jours, contre 10 jours pour Free), à des vitesses plus importantes. Compte tenu de leurs intitulés (par exemple : "altbinaries.DVD", "DVD music", "Moovies DIVX", "altbinaries moovies french" "Rolling Stones"), il n'y a aucune ambiguïté possible sur la vocation des newsgroups destinés au téléchargement de contenus illégaux.

Enfin, bien qu'il s'agisse de services à vocation totalement différente, certains représentants d'ayant droits ont évoqué les problématiques que soulèvent, selon eux, les moteurs de recherche d'image, en ce qu'ils facilitent l'accès à des contenus parfois mis en ligne sans autorisation et en ce que le référencement qu'ils opèrent implique certains actes techniques de reproduction. De fait, dans le cadre du référencement automatique des pages web, la plupart des moteurs de recherche référencent également les images contenues dans ces pages et les indexent en fonction de différents critères, notamment les éléments textuels accompagnant ces images (meta-données). La plupart des moteurs de recherche généralistes disposent ainsi d'une fonction permettant de limiter la recherche aux seules images des pages web⁵¹. Sur la majorité de ces moteurs, les images référencées sont affichées, sur les pages de résultats, sous la forme de vignettes de petite taille et de basse résolution indiquant l'adresse du site où l'image a été publiée. Lors d'un clic sur l'une de ces vignettes apparaît une page cadre qui, par la technique du « framing », permet l'affichage de la page d'origine et de l'image dans son contexte. Enfin, un lien direct vers l'adresse du

⁵⁰ Newsbin est l'un des plus importants.

⁵¹ On peut citer les moteurs d'images de Google (images.google.fr), Yahoo ! (http://fr.images.search.yahoo.com) ou encore Exalead (http://www.exalead.fr/image,

fichier image ⁵² sur le serveur du site référencé permet de visualiser ce fichier pris isolément sur ce serveur, c'est-à-dire après avoir quitté le moteur de recherche.

Certains ayants droits estiment que les actes de référencement opérés par les moteurs de recherche d'image portent atteinte à leurs droits ; ils vont valoir que ces services permettent un accès aux images dans un format différent (vignette) du format d'origine, sans indication du nom de l'auteur, et, s'agissant des vignettes, sans passer par le site cible. Les prestataires concernés font valoir de leur côté qu'à l'instar de l'ensemble des moteurs de recherche, les moteurs de recherche d'image doivent nécessairement procéder, aux fins du référencement, à des actes techniques de reproduction des images sur leurs serveurs, ce qui permet notamment d'afficher une image en format vignette sur la page de résultats de la recherche ; en outre dès lors que les vignettes sont conservées dans une mémoire « cache » du moteur, une vignette peut continuer d'apparaître un certain temps jusqu'à la prochaine mise à jour des résultats de recherche alors même que l'image source a été supprimée de la page référencée⁵³.

I.4.2. Des industries de contenus encore en marge du processus de valorisation des audiences qu'elles contribuent à fédérer

Dans cette économie de l'audience et du trafic, ce qui compte n'est pas l'information, le contenu lui-même, devenu une « commodité » ⁵⁴, mais la gestion des flux et le contrôle des interfaces par lesquelles l'utilisateur entre sur le réseau. Faute de contrôler l'accès au réseau, les partenaires des industries culturelles, qui contribuent à capter l'audience des internautes au profit de nombreux prestataires, ne perçoivent pas les transferts financiers associés, ce qui correspond à un problème économique classique d'externalité.

Il n'est en outre pas exclu que les effets de substitution entre médias sur le marché publicitaire (voir supra) jouent également en défaveur des industries culturelles dans la mesure où les médias classiques participent largement, en matière audiovisuelle, au financement de la création. Ces effets de substitution pourraient être aggravés par les techniques de cache et les services d'agrégation de contenus. Utilisées par les moteurs de recherche pour reproduire intégralement les pages de sites Internet, les stocker sur des serveurs internes et en faciliter ultérieurement l'accès, les techniques de cache ont été accusées de favoriser un contournement des sites d'origine, source de pertes de rémunération pour les éditeurs de ces sites et les auteurs : l'accès direct aux contenus via ce réseau de diffusion parallèle serait en effet susceptible d'entraîner une moindre fréquentation des sites d'origine, notamment de leur page d'accueil, et affecterait ainsi leurs revenus publicitaires et donc les montants reversés aux auteurs, alors que les moteurs de recherche bénéficient des revenus publicitaires associés aux bannières présentes sur ces sites et aux liens sponsorisés. Ces problèmes de substitution entre médias sont également ceux rencontrés par les journaux qui, avoir investi pour être présents sur Internet, se voient concurrencés par les revues de presse (type Google News ou Yahoo News) qui agrègent le contenu rédactionnel de multiples sources : en permettant aux internautes d'accéder directement, via un lien profond, aux pages qui les intéressent, sans passer par le portail

⁵² Cette adresse est également disponible via le menu « Propriétés » du fichier sur le navigateur.

⁵³ Ces questions sont actuellement débattues en justice. Cf. TGI Paris, 20 mai 2005, SAIF c. Google. Dans les limites temporelles qui étaient les siennes, la présente commission n'a pas eu l'occasion d'aborder en profondeur le cas des moteurs de recherche. Les questions juridiques spécifiques soulevées par ces services ne sont donc pas évoquées dans la suite du rapport.

⁵⁴ Une commodité est un élément considéré a priori comme sans valeur alors même qu'il reste indispensable à la production d'un service à valeur ajoutée.

web de ces journaux en ligne ⁵⁵, les services d'agrégation de contenus informatifs entraîneraient pour ces derniers des pertes de revenus publicitaires.

L'analyse selon laquelle les industries culturelles demeureraient systématiquement tenues à l'écart du processus de valorisation des audiences qu'elles contribuent à fédérer mérite toutefois d'être nuancée.

D'une part, les affirmations selon lesquelles les techniques de cache et les services d'agrégation de contenus entraîneraient des pertes d'audience pour les sites d'origine font l'objet de plusieurs critiques. Il est tout d'abord souligné que l'existence même des services de moteurs de recherche est de nature à augmenter la fréquentation des sites référencés dont le contenu est rendu plus accessible, de sorte que l'effet global sur leur fréquentation semble indéterminé⁵⁶. Les prestataires concernés font en outre valoir que la technique du cache, qui existe depuis plus de 10 ans, est entièrement optionnelle pour les éditeurs de sites, (la fonction peut être désactivée sur tous les moteurs) ; ils ajoutent que le cache ne génère aucun profit pour le moteur, et ne se substitue pas au média référencé, qui demeure directement accessible par un lien (si le contenu disparaît du site d'origine, la référence est appelée à disparaître dans un court laps de temps) ; ils soulignent enfin que la consultation du cache continue à générer des revenus publicitaires pour le site cible. Les représentants de Google ont par ailleurs déclaré qu'aucun site de presse n'est référencé par Google News s'il ne le souhaite pas mais que de fait, l'écrasante majorité des journaux en ligne dans le monde (y compris l'ensemble des grands titres français) souhaite être référencé sur Google News car c'est un vecteur d'audience et de revenus publicitaires incontestable pour ces éditeurs. De leur point de vue, l'action intentée par 3 journaux belges francophones (via leur association Copiepresse) ne représente en rien la position des éditeurs de presse dans le monde.

D'autre part, les négociations en cours entre certaines grandes plates-formes de partage et différents médias ou industries de contenus laissent penser que, sans abandonner leur dimension communautaire, ces sites envisagent également de devenir le support d'une offre légale de contenus et de développer de nouveaux modèles hybrides de monétisation de l'audience. A la faveur des partenariats ainsi noués⁵⁷, les producteurs et les sociétés d'auteur pourraient donc eux aussi bénéficier à l'avenir des nouveaux modes de consommation des œuvres sur les réseaux sociaux.

Les représentants des sites du web 2.0 font en outre valoir que le modèle publicitaire permet d'ores et déjà de dynamiser la "longue traîne" aussi bien du côté des annonceurs que des éditeurs de contenus. Du côté des annonceurs, en donnant accès à une audience comparable à celle des plus grands médias à des centaines de milliers d'annonceurs de toute taille. Du côté des éditeurs de contenus, en donnant accès à un réservoir d'annonceurs inégalé. L'exemple du New York Times qui a annoncé récemment qu'il entendait financer entièrement sa version en ligne grâce à la publicité témoigne du potentiel de ce système pour la presse par exemple.

Au final, on peut rappeler que la nécessité de repenser le partage de la valeur ajoutée et le financement des œuvres lorsqu'elles servent de « commodité » à d'autres activités économiques est loin d'être une nouveauté. L'adoption d'une loi en 1847 visant à protéger le droit d'exécution des compositeurs de musique, intervint à la suite d'un célèbre incident : un compositeur à succès Ernest Bourget refusait catégoriquement de régler sa consommation

⁵⁵ Strowel Alain op. Cit.

⁵⁶ Waughy Xavier (2008), op.cité.

⁵⁷ Dailymotion et la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF) ont signé fin 2006 un accord-cadre de partenariat permettant au site communautaire d'avoir accès aux clips des producteurs indépendants et de les diffuser. Tout récemment, Dailymotion, a signé un partenariat avec Public Sénat, chaîne d'information politique et parlementaire en vue de la diffusion sur le portail des meilleurs moments de la chaîne.

dans un café concert parisien où son œuvre était jouée justifiant sa position au motif que la cafetier se servant de sa musique pour attirer des clients sans lui accorder la moindre rétribution, il n'avait, quant à lui, aucune raison de payer sa consommation.⁵⁸

I.4.3. L'audience : une source de revenus mais également de coûts pour les prestataires

Si la plupart des prestataires partagent un modèle d'audience, cela ne doit pas laisser penser que leurs intérêts économiques sont toujours convergents, pas plus qu'il ne faut supposer que la multiplication des productions contrefaites contribue systématiquement positivement à la valorisation financière de ces intermédiaires.

Dans le cadre d'une commission précédente du CSPLA, il a été montré que l'effet précis d'entraînement en faveur du haut débit représenté par l'existence de contenus sur les réseaux P2P devait être nuancé. S'il est vrai que ces offres non autorisées semblent avoir dopé le haut débit lors de son décollage, le succès des réseaux P2P pose cependant un certain nombre de problèmes techniques aux fournisseurs d'accès en raison de la surconsommation coûteuse de bande passante provoquée et du fait que leurs réseaux non prévus pour véhiculer de telles quantités d'informations sont saturés par les grands consommateurs de téléchargement.

De la même façon, les intérêts des opérateurs de télécommunications et des prestataires du web 2.0 ne sont pas nécessairement convergents. D'une part, les FAI qui font payer seulement quelques dizaines d'euros par mois pour un abonnement, aspirent à devenir eux-mêmes des distributeurs de contenus afin de s'assurer, grâce à des services complémentaires visant à augmenter l'ARPU, une rentabilité à long terme. D'autre part, si les sites du web 2.0 contribuent à stimuler la demande pour des accès à haut débit (et maintenant à très haut débit), au bénéfice des opérateurs de télécommunication, ils représentent également une source de coûts directs pour ceux-ci, à travers la consommation de bande passante. Ces éléments expliquent que malgré les sommes déjà importantes acquittées à ce titre par les grands sites communautaires⁵⁹, les moteurs de recherche ou les plate-formes d'échanges de vidéos comme YouTube, les opérateurs de télécommunication sont conduits, ainsi qu'il été vu plus haut (cf. 1.2.2), à envisager une facturation additionnelle du transport de données effectuée pour ces sites à forte audience et à tenter d'obtenir une meilleure association aux revenus publicitaires.

Par ailleurs, si l'audience des plates-formes de commerce en ligne augmente lorsque l'offre se diversifie, la multiplication des produits contrefaits disponibles pouvant contribuer à cette diversité, elle est au contraire susceptible de diminuer en cas de présence massive de contrefaçon qui crée une perte de confiance des internautes⁶⁰. Cette situation incite les plates-formes à renforcer leurs moyens de lutte contre ces phénomènes. Lors des auditions, les plates-formes ont indiqué à la commission les mesures mises en œuvre. eBay a exposé notamment avoir adopté divers outils mis à la disposition des ayants droit pour lutter contre

⁵⁸ Chaudenson Françoise (2007), A qui appartient l'œuvre d'art ? Armand Colin.

⁵⁹ Dans son budget prévisionnel, la fondation Wikimedia évalue ses coûts d'infrastructure technique (serveurs, bande passante et salaires) à 2 573 000 USD pour l'année fiscale 2007-2008, soit un peu plus de 200 000 USD/mois. On estime par ailleurs que les coûts liés aux besoins en bande passante seraient de l'ordre de 10 000 \$ par Gbit et par mois s'agissant du transit payant fourni par un opérateur à un FAI.

⁶⁰ eBay a expliqué devant la commission que le détournement d'un site de commerce électronique à des fins d'écoulement de produits contrefaits avait pu conduire à une perte de confiance des internautes : selon une étude commandée par eBay (2007) 22% des utilisateurs de la plate-forme affirmaient ainsi avoir été confrontés à des produits contrefaits, 44 % avaient l'impression qu'il y en avait un peu ou beaucoup sur la plate-forme, 70% des victimes quittaient le site ou diminuaient leurs achats, 86% le faisaient savoir, ce qui a incité le site à renforcer les moyens mis en œuvre pour lutter contre ce phénomène.

la présence de contenus illicites⁶¹ ; la plate-forme déclare que plus de 2000 personnes sont dédiées à la protection des droits de propriété intellectuelle. PriceMinister a indiqué, quant à elle, avoir développé des outils destinés à procéder à l'analyse des contenus et des comportements des utilisateurs ; elle procéderait ainsi à la suspension de plus de 10.000 annonces par semaine à l'aide d'une équipe de 35 personnes représentant 5 emplois temps-plein.

La question de la future rémunération des internautes « postant » des contenus sur les plates-formes communautaires est également posée. A ce jour, Dailymotion a par exemple fait le choix de ne pas associer les « motion makers » aux ressources publicitaires au motif qu'elle leur fournit un service gratuit de bande passante et qu'à ce stade aucune publicité n'est directement insérée dans leurs vidéos. Dans le même temps, dans le cadre du programme « official user », le site a signé avec des producteurs dont elle diffuse les vidéos - notamment l'une des sociétés civiles représentant les producteurs de vidéo-musiques, la SPPF - des accords prévoyant qu'une partie du chiffre d'affaires publicitaires généré par ces vidéos soit redistribué. Des négociations sont en cours avec des sociétés d'auteur.

Au terme de ce constat, il apparaît que l'un des principaux enjeux économiques réside dans l'articulation à trouver entre la résolution d'un problème d'externalité – les prestataires bénéficiant, grâce à leur modèle de monétisation de l'audience, de l'activité des titulaires de droits qui ont supporté les risques de la création – et la nécessité de tenir compte des coûts nécessaires à la captation de cette audience afin de ne pas pénaliser une économie numérique en plein essor et de permettre à la création de bénéficier de réelles opportunités de diffusion.

Pour beaucoup de ces prestataires, la solution passera sans doute par des règles de partage des fruits de la valorisation de l'audience avec ceux qui contribuent à la créer. Pour d'autres, la solution ne réside pas dans un transfert de valeur mais plutôt dans des pratiques permettant de lutter contre la vente de produits contrefaisants, notamment sur les sites de commerce en ligne.

Avant de s'interroger sur une éventuelle modification des règles du jeu, la commission s'est attachée, dans un second temps, à définir la qualification juridique actuelle des activités de certains prestataires intermédiaires et leurs responsabilités afférentes. Il s'agit de comprendre si le cadre juridique applicable est de nature à la fois à sécuriser leurs activités présentes et futures et à les inciter à des comportements efficaces en vue de résoudre les questions économiques évoquées dans cette première partie.

⁶¹ Cf. infra p.75

II. RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES : ÉTAT DES LIEUX JURIDIQUE

II. 1. Le cadre juridique

II.1.1. Les principales dispositions de la directive sur le commerce électronique et de la loi pour la confiance dans l'économie numérique

- La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

La directive aborde la question de la responsabilité des prestataires intermédiaires dans la section 4 : l'activité d'intermédiaire est caractérisée par le fait que les informations traitées sont fournies, transmises ou stockées par ou à la demande des destinataires du service. Le terme de "destinataire du service" désigne non seulement le "consommateur" de l'information, celui qui y a accès, mais également toute personne qui rend accessible cette information, que ce soit à titre personnel ou professionnel.

Le régime de responsabilité institué par la directive repose sur les articles 12 à 14, d'une part, et l'article 15 d'autre part.

La directive, qui distingue trois types d'activités d'intermédiation technique - le simple transport (formule désignant la fourniture d'accès mais aussi l'activité de transmission de contenus sur un réseau réalisée par le simple opérateur de communications électroniques communément appelé « transporteur »), le « caching » (activité dite « de cache », en français) et l'hébergement - énonce à ses articles 12 à 14 les situations dans lesquelles les intermédiaires mentionnés à ces articles ne peuvent être tenus pour responsables.

L'article 15 de la directive dispose quant à lui que les prestataires techniques ne peuvent se voir imposer une obligation générale de surveillance sur les informations qu'ils stockent ou transmettent, pas plus qu'un devoir général de procéder à une recherche active de faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

Ce même article permet cependant aux Etats membres de prévoir que les intermédiaires techniques :

- doivent informer les autorités publiques d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les « destinataires de leurs services », ou d'informations illicites que ces derniers fourniraient,
- et / ou doivent « communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

La directive n'aborde pas la responsabilité de la personne qui est à la source du contenu. En outre, la directive n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative nationale, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation. Ces questions restent soumises à la législation nationale des États membres.

On observera également que :

- la directive n'est pas, à l'inverse du DMCA américain dont elle s'inspire, un texte propre à la propriété intellectuelle ; les solutions dégagées sont donc applicables à toutes les hypothèses de commerce électronique ;
- les limitations de responsabilité prévues par la directive sont établies de manière horizontale, c'est-à-dire qu'elles couvrent la responsabilité tant civile que pénale de tous les types d'activités illégales émanant de tiers ;
- ces limitations s'appliquent à **certaines activités clairement délimitées de prestataires intermédiaires**⁶² plutôt qu'à des catégories de prestataires de services ou à des types d'information ; dans l'attente d'un éventuel réexamen (article 21) du texte communautaire, il n'existe pas d'harmonisation s'agissant des autres activités des acteurs de l'Internet qui, en France, demeurent soumises au droit commun.
- néanmoins ces activités délimitées peuvent faire l'objet d'une analyse par analogie pour autant que cette dernière soit respectueuse, d'une part, des conditions qui fondent les qualifications et, d'autre part, du principe d'interprétation restrictive qui doit prévaloir à propos des régimes exceptionnels ;

Enfin, il y a lieu d'observer que la directive a été conçue comme un instrument incitatif, destiné à favoriser la mise en place de l'infrastructure de la Société de l'Information. Ses dispositions relatives au régime d'irresponsabilité conditionnelle des prestataires - ou selon le point de vue, leur régime de responsabilité aménagé - poursuivent clairement l'objectif de permettre à des opérateurs d'intervenir sur les réseaux sans que leur responsabilité ne puisse être aisément ou systématiquement engagée.⁶³

La construction mise en place repose donc sur des considérations techniques, économiques, politiques, industrielles et sociales datant de la deuxième moitié des années 1990. La directive a été envisagée par ses concepteurs comme une construction intentionnellement incomplète et provisoire, ainsi que l'indiquent son article 21 et certains de ses considérants.

⁶² « Article 12 / Simple transport ("Mere conduit")/1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire : /a) ne soit pas à l'origine de la transmission; /b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et /c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission (...).

Article 13 /Forme de stockage dite "caching"/1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que : /a) le prestataire ne modifie pas l'information;/ b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information /c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises; /d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et /e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible' ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.(...)

Article 14 /Hébergement /1. 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 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. /2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire (...).

⁶³ Cf. extrait précité du rapport de la Commission du 21 novembre 2003 sur l'application de la directive du 8 juin 2000 p. 14 : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues par la directive ont été considérées comme indispensables pour garantir d'une part la fourniture de services de base assurant la libre circulation en continu de l'information sur le réseau et d'autre part la fourniture d'un cadre qui permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer. »

Son contenu peut dès lors être appelé à évoluer, dans un sens comme dans un autre, en fonction du changement du contexte. Or il est indéniable que les données qui ont présidé à son élaboration ne se retrouvent plus exactement aujourd'hui. Les ayants droit estiment à cet égard que les changements économiques et techniques intervenus depuis justifient un réexamen profond des règles du droit positif, tandis que les acteurs de l'Internet font valoir que le souhait de permettre l'accès du plus grand nombre aux moyens d'expression, d'échange et d'information en ligne demeure d'actualité.

▪ La Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004

Celle-ci a eu pour objet principal de transposer la directive sur le commerce électronique⁶⁴.

Conformément à l'objectif fixé par la directive, l'article 6.I.7° dispose, de manière générale, que les fournisseurs d'accès à des services de communication au public en ligne et les hébergeurs ne sont pas soumis « à une obligation générale de surveiller les informations qu'[ils] transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »

Trois régimes distincts sont cependant définis, s'appliquant respectivement aux activités d'hébergement, de fourniture d'accès et de cache.

Les hébergeurs sont définis à l'article 6-I,2° de la LCEN comme 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 ».

Le fournisseur d'hébergement bénéficie d'une limitation de responsabilité du fait des contenus hébergés ; il ne peut être responsable sur le plan civil et pénal des informations stockées que dans les seuls cas suivants (article 6-I,3°) :

- l'hébergeur avait « effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites » et « dès le moment où [il] en a eu connaissance », n'a pas « agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible » ;
- le destinataire du service d'hébergement agit sous son autorité ou son contrôle.

Un système de présomption de connaissance du contenu illicite par notification est parallèlement instauré à l'article 6-I,5° ; le Conseil constitutionnel a précisé à cet égard que la responsabilité civile ou pénale de l'hébergeur ne peut être engagée, lorsque ce dernier

⁶⁴ Ainsi qu'une partie de la directive européenne du 12 juillet 2002 relative à la protection des données personnelles dans les communications électroniques. Dans leur Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, M. Jean DIONIS du SÉJOUR et Mme Corinne ERHEL présentent (p.7) ainsi l'objectif de la LCEN :

« Son premier apport est de mettre en place un statut juridique de l'Internet, en établissant de manière précise sa définition, en clarifiant le régime de responsabilité des intermédiaires techniques assurant sa mise en œuvre, et en précisant les conditions de la poursuite des crimes et délits commis à l'aide de ce nouveau média.

Elle met ensuite en place un cadre pour l'économie numérique : délimitation de l'activité de commerce électronique, dit encore e-commerce, responsabilité des commerçants en ligne, encadrement juridique des instruments du commerce électronique.

Pour la sécurité de ce commerce, elle améliore, tout en l'encadrant, l'accès des personnes privées aux moyens de cryptologie. Là aussi, le texte est fondateur. Cette ouverture s'accompagne de dispositions pénales et de procédure pénale, ces dernières aux fins de permettre aux enquêtes judiciaires d'accéder aux données cryptées.

Enfin, la loi donne les moyens juridiques de la diffusion territoriale de l'accès aux nouvelles technologies de l'information ».

s'est abstenu de retirer un contenu qui lui a été dénoncé, qu'à la condition que le caractère illicite du contenu soit manifeste ou qu'un juge en ait ordonné le retrait⁶⁵.

La limitation de la responsabilité civile et pénale des **fournisseurs d'accès** (définis comme les personnes « assurant une activité de fourniture d'accès à un réseau de télécommunication ») et des simples « **transporteurs** » (personnes « assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunication ») est quant à elle prévue à l'article 9-I de la LCEN⁶⁶.

Cette responsabilité ne peut être engagée que dans trois cas :

- si le prestataire « est à l'origine de la demande de transmission litigieuse » ;
- s'il « sélectionne le destinataire de la transmission » ;
- ou s'il « sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

Le même article 9-I⁶⁷ définit enfin **les prestataires assurant une fonction de cache** comme « toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ».

Ils ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

- si le prestataire « a modifié ces contenus, ne s'est pas conformé à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données »,
- ou « n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'[il] a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'[il] a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible. »

La loi, qui ne définit pas la notion d'éditeur, ne traite par ailleurs des **éditeurs de services de communication au public** en ligne qu'à travers l'obligation d'identification qui leur est imposée par l'article 6-III, qu'il s'agisse d'éditeurs exerçant à titre professionnel (6-III,1^o) ou non professionnel (6-III,2^o). Ce dispositif d'identification crée des obligations corrélatives à la charge des fournisseurs d'accès et des hébergeurs, qui doivent, aux termes de l'article 6-II :

⁶⁵ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004

⁶⁶ inséré par la LCEN à l'article L. 32-3-3 au sein du code des postes et télécommunications ainsi rédigé :

« Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ».

L'exonération de responsabilité civile et pénale de l'opérateur de communications électroniques disparaît dans trois cas : lorsque l'opérateur de communication électronique est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, lorsqu'il sélectionne le destinataire de la transmission ou encore lorsqu'il sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission. Ce régime est en quelque sorte la conséquence du devoir de neutralité imposé à l'article L. 32-1, 5^o, II du Code des postes et des communications électroniques. L'opérateur de télécommunication n'est donc susceptible d'engager sa responsabilité du fait des contenus illicites transmis que lorsqu'il outrepassé son rôle de simple transporteur ou méconnaît son obligation de neutralité vis-à-vis de ces contenus et des destinataires de ses services. A la connaissance de la commission, cette disposition n'a pas fait l'objet de mise en œuvre judiciaire.

⁶⁷ inséré à l'article L.32-3-4 du code des postes et télécommunications

- fournir « aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au III. »
- et conserver « les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont [ils] sont prestataires », et dont la communication peut être requise par l'autorité judiciaire.

Cette dernière obligation est assortie de sanctions pénales (un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende)⁶⁸.

II.1.2. Remarques préliminaires

Le cadre juridique ainsi défini appelle à ce stade trois séries de remarques :

a) Contrairement à ce qui a pu parfois être soutenu, la LCEN, comme la directive du 8 juin 2000 qu'elle transpose, n'institue pas une exemption de responsabilité au profit des prestataires techniques ; il est plus exact de parler de **régimes d'irresponsabilité conditionnelle** – ou selon le point de vue, de responsabilité aménagée - bénéficiant à certaines activités délimitées de ces prestataires. Ainsi les fournisseurs d'hébergement peuvent-ils voir leur responsabilité engagée notamment pour des faits de contrefaçon ou pour des infractions au droit de la presse s'ils ne respectent pas les prescriptions des articles 6-I, 2° ou 6-I, 3° précités⁶⁹.

Il est vrai, en revanche, qu'à rebours de l'évolution du droit de responsabilité, qui a fait une place de plus en plus importante à la notion de risque, le régime de responsabilité ainsi défini n'est pas un régime de responsabilité pour risque⁷⁰ mais seulement pour **faute prouvée**.

b) Dans la mesure où les régimes de responsabilité ainsi institués sont attachés à des activités délimitées, il ne suffit pas à un intermédiaire technique d'exercer une activité principale dans un domaine pour se voir appliquer le régime qui correspond à celle-ci dans toutes ses fonctions : à chaque activité son statut, ce qui peut conduire, pour une même entité, à l'application d'un **régime distributif de responsabilité**. Ainsi un fournisseur d'accès peut se voir appliquer les solutions prévues à l'article 12 de la directive pour les tâches relevant de cette fonction mais se verra aussi soumis aux règles découlant de l'article 13 s'il se livre à du « caching, à celles issues de l'article 14 s'il propose à ses clients un peu d'hébergement et au droit commun de la responsabilité s'il prend l'initiative de rendre son portail attrayant avec des contenus qu'il décide de mettre en ligne.

A cet égard, il faut relever que la **LCEN ne consacre pas un régime juridique spécifique des éditeurs de contenus** ; il n'y est question que des « éditeurs de services de communication au public en ligne », ces derniers n'étant envisagés que sous l'angle de

⁶⁸ Article 6-VI : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'une des activités définies aux 1 et 2 du I, de ne pas satisfaire aux obligations définies au quatrième alinéa du 7 du I, de ne pas avoir conservé les éléments d'information visés au II ou de ne pas déférer à la demande d'une autorité judiciaire d'obtenir communication desdits éléments. Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code pénal. Elles encourrent une peine d'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du même Code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 de ce Code. L'interdiction mentionnée au 2° de cet article est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ».

⁶⁹ Sur les conditions d'engagement de cette responsabilité, cf. infra II.3.2 p.55 et s.

⁷⁰ Risque « créé » ou risque « profit ».

l'obligation d'identification évoquée ci-dessus. La fonction d'éditeur n'est pas définie⁷¹. L'article 1-IV de la LCEN précise en revanche qu'il faut entendre par « communication au public en ligne » « 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 ». Compte tenu de cette définition, certains ayants droit estiment que les fournisseurs d'hébergement, qui stockent et mettent à la disposition des internautes des données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, sont inclus dans la catégorie des éditeurs de service de communication au public en ligne.

Il apparaît en outre qu'en vertu des 6-1,2° et 6-1,3° de la LCEN, le bénéfice du régime de responsabilité limitée de l'hébergeur exclut toute intervention éditoriale sur les contenus hébergés : lorsque le destinataire du service agit « sous l'autorité ou le contrôle de la personne du prestataire », celui-ci perd, par son contrôle du contenu, sa qualité d'hébergeur au sens de la LCEN et par là même le bénéfice du régime de responsabilité aménagée défini par cette loi. Sa responsabilité est alors susceptible de relever soit du droit commun, soit d'un régime spécial de responsabilité, notamment du droit de la presse dans les conditions prévues à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982⁷² sur la communication audiovisuelle adaptant le régime de responsabilité « en cascade » aux infractions au droit de la presse commises par l'intermédiaire de tout service de communication au public par voie électronique.

c) Bien entendu, le travail de qualification visant à déterminer, au cas par cas, si l'activité d'un prestataire relève d'une ou plusieurs des catégories définies par la directive et la LCEN et peut à ce titre bénéficier des régimes dérogatoires de limitation de responsabilité instaurés par ces textes incombe au juge.

L'opération de qualification doit à l'évidence s'appuyer, en premier lieu, sur les définitions contenues dans la directive et dans la loi ; on constatera toutefois ci-après que tel n'est pas toujours le cas des décisions de justice rendues en la matière.

L'analyse peut-elle s'appuyer, en second lieu, sur des intentions exprimées par le législateur européen et national ?

En ce qui concerne le législateur européen, cette intention était clairement, on l'a vu, de se limiter à régir des activités strictement délimitées, et de laisser volontairement en dehors de son champ d'autres activités - telles que la fourniture de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche - dont les technologies et les pratiques n'étaient pas à cette époque suffisamment stabilisées pour permettre de légiférer⁷³.

⁷¹ Sinon de manière tautologique par l'article 6-III,1° comme « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne ».

⁷² En vertu de l'article 93-3 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 25 juin 2004 : « Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. /A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice./ Pourra également être poursuivi comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable ».

⁷³ L'article 21 de la directive évoque, au titre de son réexamen, l'analyse de la nécessité de présenter des propositions sur les activités des fournisseurs de liens hypertexte, ou des moteurs de recherche. En revanche, le premier rapport de la Commission du 21 novembre 2003 sur l'application de la directive du 8 juin 2000, p.13 précise en note de bas de page, que la limitation de responsabilité prévue à l'article 14 couvre « outre l'hébergement de sites Web, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers » tels que les forums de discussion et leurs ancêtres, les « bulletin boards ».

Lors de son audition par la commission, un haut responsable de la Commission européenne⁷⁴ a confirmé que la directive a entendu réglementer certaines activités délimitées - ou « fonctions » - des intermédiaires, davantage que l'activité globale de tel ou tel acteur. Partant de ce postulat, il a indiqué que les activités régies par ces articles devaient être entendues strictement, par référence à la pratique qui était en vigueur à l'époque de l'adoption de la directive, et n'englobaient donc nécessairement pas en tant que telles toutes les activités nouvelles apparues postérieurement, notamment celles des plates-formes du Web 2.0., de sorte qu'il convient d'examiner au cas par cas les services en cause au regard des critères posés par la directive s'agissant des activités de cache, de « simple transport » et d'hébergement.

Les débats parlementaires ayant entouré l'adoption de la LCEN semblent en revanche attester d'une préoccupation du législateur national de ne pas retenir une définition trop restrictive de l'hébergeur. Dans son rapport parlementaire en date du 11 février 2003⁷⁵ la députée Michèle Tabarot précisait à propos de ce qui est devenu l'article 6-I,2° de la LCEN : « La définition des opérateurs visés par l'article ne fait pas de distinction : sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sur leur contenu (stockage "direct"), de façon à les rendre accessibles au public au moyen d'un service de communication publique en ligne. Peu importe qu'il s'agisse d'informations fournies par des éditeurs professionnels de sites, par des utilisateurs de places de marché ou de sites d'enchères en ligne ou encore par des contributeurs à un forum. L'article n'entre pas dans ce détail des auteurs et des contenus, de même qu'il n'utilise pas, volontairement, le terme "d'hébergeur", aujourd'hui trop caractérisé ». De même, un amendement conduisant à écarter, au sein de cette définition, la notion de stockage « direct et permanent » a été justifié par le fait que celle-ci « ne prend pas en compte les exploitants de services interactifs qui n'hébergent pas eux-mêmes les contenus échangés, ni ceux qui stockent des informations fournies par les utilisateurs finaux » et « pourrait notamment exclure les hébergeurs offrant aux utilisateurs des forums de discussion ».⁷⁶

Il serait cependant hasardeux de tirer des conclusions trop radicales de ces débats.

D'une part, la plupart des nouveaux services du Web 2.0, n'existaient pas - ou pas dans la dimension qu'on leur connaît aujourd'hui⁷⁷ - lorsque les normes précitées ont été adoptées il y a désormais, respectivement, huit et quatre ans.

D'autre part, le régime de limitation de responsabilité institué par la directive et la LCEN, par dérogation au droit commun, doit s'interpréter strictement. En outre la LCEN elle-même doit s'interpréter à la lumière de la directive.

⁷⁴ Audition de Monsieur Jean Bergevin, Chef d'Unité Service II, Direction générale Marché Intérieur et Services de la Commission européenne.

⁷⁵ Avis n° 608 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique le 11 février 2003 : JOAN).

⁷⁶ Sénat, séance du 25 juin 2003, intervention de M. Bruno Sidot. Cet amendement a été proposé suite à un avis présenté par la sénateur Louis de Broissia le 10 juin 2003, au nom de la commission des Affaires culturelles du Sénat, sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : <<http://www.senat.fr/rap/a02-342/a02-3421.pdf>>. L'amendement a été retenu, le gouvernement ayant toutefois précisé que « ces amendements ne visent pas à définir le régime de responsabilité des prestataires de forums qui recouvre, chacun le sait, des réalités très diverses. Certains travaillent sur le contenu - et se l'approprient -, d'autres pas. Certains modèrent les forums *a priori* ou *a posteriori*, alors que d'autres n'effectuent aucune modération. Je ferai observer que le simple choix de la thématique du forum par un prestataire me paraît de nature à engager la responsabilité. »

⁷⁷ Cf. supra p. 9

II. 2. Le débat sur la responsabilité des fournisseurs d'accès et de cache dans le cadre du réseau Usenet

Certains ayants droit ont souhaité ouvrir un débat, qu'ils estiment nécessaire, sur l'adéquation du statut des FAI à l'exploitation des œuvres sur l'Internet. Les délais impartis aux travaux de cette commission n'ont cependant pas permis d'engager cette réflexion et les débats se sont concentrés, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, sur les questions spécifiques soulevées par les services du Web 2.0.

De ce point de vue, les FAI n'apparaissent pas, *a priori*, réellement concernés sur le plan juridique tout au moins. Economiquement et techniquement, ils sont en revanche susceptibles d'en connaître les répercussions, ainsi qu'il a été précisé en partie I du présent rapport.

Dans la grande majorité des cas, le régime de responsabilité des FAI du fait de leurs activités classiques de fourniture d'accès au réseau Internet, mais aussi, de cache, ne fait donc pas spécifiquement débat au regard des activités du Web 2.0 et l'application des dispositions précitées des articles 12 et 13 de la directive du 8 juin 2000 ainsi que de l'article 9-I de la LCEN ne soulève donc pas de difficulté particulière.

La question s'est en revanche posée de **l'activité de certains FAI dans le cadre du réseau Usenet** à la faveur d'un jugement rendu par le TGI de Paris le 5 février 2008. Les débats, au sein de la commission, se sont par conséquent centrés sur l'appréciation des frontières des activités de fourniture d'accès et de cache dans le cadre des serveurs Usenet permettant l'accès aux Newsgroups,

Ainsi qu'il a été précédemment rappelé en partie I du présent rapport, Usenet est un système en réseau de groupes de discussion (Newsgroups) hiérarchisé et structuré par thèmes. L'accès au réseau Usenet s'effectue par l'intermédiaire de serveurs spécialisés (dits "serveurs NNTP " ou "serveurs Usenet") sur lesquels sont stockées les données "postées" par les utilisateurs abonnés à tel ou tel Newsgroup.

Originellement réservé à l'échange de textes, Usenet a vu se développer des groupes alternatifs avec fichiers binaires ("alt.binaries"), permettant, avec une efficacité et une rapidité bien supérieures aux systèmes de pair à pair, le téléchargement de fichiers en particulier audio, photo et vidéo.

Chaque serveur Usenet met à disposition des utilisateurs qui se connectent à lui :

- d'une part, les données qu'il stocke sur ses propres machines, correspondant aux messages "postés" par les abonnés des newsgroups qu'il héberge,
- et, d'autre part, celles provenant de serveurs dits "voisins" avec lesquels il conclut des accords de transmission réciproque (*feeding*).

Il existe deux types de serveurs Usenet : les serveurs spécifiques, qui sont payants, et les serveurs généralistes, gérés par les FAI. Parmi ces derniers, seul Free, par l'intermédiaire de son serveur (news.free.fr) permet l'accès aux Newsgroups binaires.

Free revendique pour les activités de son serveur le statut de fournisseur d'accès, en l'occurrence, au réseau Usenet, et de cache concernant les contenus temporairement stockés pendant une durée qu'elle a précisé être de 12 jours. Ces qualités lui ont été

reconnues par un jugement du TGI de Paris (3^{ème} chambre 1^{ère} section) du 5 février 2008, dans une affaire qui opposait Free au Syndicat National de l'Édition et à certains éditeurs qui lui reprochaient de reproduire et de mettre à disposition des bandes dessinées contrefaisantes.

Les représentants des ayants droit ont néanmoins contesté le fait que Free et, plus généralement les serveurs Usenet, puissent bénéficier des régimes spécifiques de limitation de responsabilité respectivement prévus pour les fournisseurs d'accès et les caches.

II.2.1. En ce qui concerne l'activité de fourniture d'accès

On rappellera qu'aux termes de l'article L.32-3-3 du code des postes et télécommunications résultant de l'article 9.I de la LCEN :

"Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunications ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission."

Les ayants droit font valoir que ces trois cas pourraient se trouver réunis en l'espèce.

S'agissant de l'origine de la demande de transmission, la question ne se pose pas au regard des contenus "postés" sur le serveur par un abonné de Free. La personne à l'origine de la transmission est bien en effet cet abonné. Quid en revanche des contenus "postés" par des abonnés à d'autres serveurs Usenet, que ces derniers transmettent à Free dans le cadre des accords réciproques susvisés, et que cette dernière stocke sur son serveur pour les rendre disponibles à ses propres abonnés ? Selon les ayants droit, Free, en concluant un accord de transmission avec un autre serveur, demanderait en quelque sorte la transmission des données stockées par ce serveur et devrait par conséquent être considérée comme étant "à l'origine de la demande de transmission".

Cette analyse a cependant été écartée par le jugement précité au motif - qui ne répond peut-être pas complètement à l'argument - que, nonobstant les accords passés avec d'autres serveurs, "ce sont les internautes qui alimentent le réseau des fichiers qu'ils postent." Le jugement indique également que la société "Free n'était pas à l'origine de la demande de transmission litigieuse, car elle ne sélectionne pas les destinataires de la transmission." Une confusion est cependant ici opérée entre les deux premiers cas visés par le texte, qui constituent des hypothèses distinctes.

S'agissant précisément du second cas, les ayants droit s'interrogent sur le point de savoir si, en réservant à ses seuls abonnés l'accès aux Newsgroups binaires, Free ne sélectionnerait le destinataire de la transmission. Le jugement précité ne répond pas à cet argument, sinon par une simple affirmation.

Enfin, la question de la sélection des contenus est également posée par les ayants droit. Ils observent à cet égard que Free ne donne pas accès à l'intégralité des Newsgroups, mais à certains d'entre eux seulement. Ils s'interrogent sur les critères selon lesquels cette sélection est opérée. Free a répondu que les Newsgroups auxquels elle donne accès dans le cadre de son offre commerciale d'accès haut débit sont automatiquement sélectionnés en fonction du trafic qu'ils génèrent. Il s'agirait donc essentiellement d'un choix d'architecture réseau, dépendant de la configuration initiale du serveur. Les représentants des FAI ont ajouté qu'il n'y aurait pas de sélection de contenus, mais sélection de services, les FAI étant libres de

choisir les services qu'ils proposent à leurs abonnés (en l'occurrence, l'accès aux Newsgroups binaires). Le jugement précité a pour sa part simplement considéré que la preuve de la sélection n'était pas rapportée.

II.2.2. En ce qui concerne l'activité de cache

Aux termes de l'article L.32-3-4 du code des postes et télécommunications, issu de l'article 9-I de la LCEN, lui-même transposé de l'article 13 précité de la directive du 8 juin 2000 :

"Toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

1° Elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ;

2° Elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible."

Dans son rapport sur le projet de LCEN⁷⁸, Monsieur Dionis du Séjour explicitait en ces termes l'intérêt pratique du caching :

"Le *cache* vise à améliorer le temps de réponse, lorsqu'il y a demande de visualisation d'un contenu par un utilisateur, en tirant profit de ce que le même contenu a peut-être déjà été demandé, quelque temps auparavant, par un autre utilisateur : si l'intermédiaire technique a stocké le contenu en question lors de la première demande, celle qui l'a amené à aller récupérer le contenu en amont sur le réseau, alors il est en mesure, lorsque survient en aval une nouvelle demande sur ce même contenu, d'assurer immédiatement sa transmission, sans recréer l'attente pour l'arrivée du contenu depuis l'amont."

Il s'agit donc d'un procédé purement technique destiné à fluidifier la communication sur les réseaux.

Commentant les trois caractéristiques du cache dans la définition qu'en donne la directive (et qui se trouvent reprises à l'identique dans la LCEN), le rapporteur précisait : "le stockage opéré dans ces dispositifs est *automatique, intermédiaire et temporaire* :

- *automatique*, parce que la probabilité qu'un certain contenu soit demandé à nouveau augmente avec le nombre de fois où il a déjà été demandé : donc tout contenu transmis au moins une fois est stocké, car il existe une probabilité non nulle qu'il soit demandé à nouveau ;
- *intermédiaire*, parce que ce stockage n'a pas vocation à permettre une utilisation directe des données. Il s'agit juste de relayer efficacement une transmission ;

⁷⁸ Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sociales, de l'environnement et du territoire sur le projet de Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 12 février 2003, p. 37.

- *temporaire*, parce que le cache ne doit pas faire barrage à l'accès aux contenus dans leur dernier état de mise à jour. [...]"

Dans le cadre des débats de la présente commission, le représentant de Free a entendu souligner que son cahier des charges d'opérateur de communications électroniques lui imposait de veiller à la fluidité du trafic sur son réseau afin notamment de ne pas saturer les passerelles d'interconnexion. Ainsi, si Free procède bien à un stockage temporaire de l'information contenue dans les Newsgroup, afin de la rendre disponible, cette opération répond à un impératif d'optimisation du trafic au moyen de procédés automatiques de stockage temporaire, à l'instar des autres utilisations de caches (Web, DNS, DL ...).

Les représentants des ayants droits ont cependant contesté que le stockage effectué par Free sur son serveur Usenet réponde aux caractéristiques précitées permettant de qualifier cette activité de cache.

Ils font valoir notamment que le stockage en cause ne serait ni automatique, ni intermédiaire, du fait que :

- dans le cas de données "postées" directement sur le serveur Usenet de Free par ses abonnés, le stockage n'est pas intermédiaire mais initial ;
- réciproquement, dans le cas des données stockées sur le serveur de Free en provenance d'autres serveurs Usenet dans le cadre des accords de *feeding* précités : les fichiers ne sont pas stockés automatiquement à la suite d'une première demande d'un abonné de Free, mais à l'initiative de Free qui rend ainsi accessible à ses abonnés des contenus auxquels ils ne peuvent accéder par eux-mêmes.

Ils contestent en second lieu que le stockage effectué par Free pendant une durée de 12 jours puisse être qualifié de temporaire.

Dans son rapport précité (p. 38), M. Dionis du Séjour précisait que le caractère temporaire s'entendait usuellement de quelques heures :

"En conclusion, il est fort probable que les exploitants de dispositifs de *cache* compteront dans la plupart des cas sur les mécanismes internes de nettoyage automatique pour que s'éliminent les données litigieuses. Selon les règles *usuelles*, ce nettoyage spontané ne nécessite d'ailleurs pas plus de quelques heures."

En définitive, les ayants droit considèrent que les activités des serveurs Usenet ne correspondent ni à la lettre ni à l'esprit du régime exceptionnel instauré par le législateur pour répondre à la seule nécessité pratique d'éviter un encombrement du réseau, et non pour permettre aux abonnés de certains FAI d'accéder à des contenus dont chacun connaît le caractère massivement illicite.

L'opposition radicale des points de vue respectifs des représentants des FAI et des ayants droit n'a pas permis à la commission de trancher cette question de la qualification des activités exercées par les serveurs Usenet et de la détermination corrélative du régime de responsabilité qui s'y applique.

II. 3. Le débat sur le régime de responsabilité des sites contributifs du Web 2.0.

On qualifie généralement de Web 2.0⁷⁹ les interfaces permettant aux internautes d'interagir avec le contenu des pages. L'internaute est « acteur » (hors toute qualification juridique, en ce qu'il n'est pas passif) et parfois... auteur en ce qu'il y propose des contenus dont il est le créateur (mais pas toujours !). Ce qui est sûr, c'est que ces nouveaux services, proposés par des personnes qui se présentent comme prestataires techniques, ont pour vocation d'accueillir dans leurs serveurs des contenus de nature et d'origine différentes. Outre leur capacité de stockage, les prestataires offrent des moyens techniques afin que des internautes, autres que ceux à l'initiative desquels les œuvres ont été placées, puissent aisément consulter en ligne ces contenus.

Par opposition avec d'autres modes de diffusion des œuvres, comme par exemple certains systèmes d'échanges "pair à pair" (P2P), le Web 2.0 repose sur l'idée d'un serveur centralisé (comme un site Web classique) et n'exige pas que l'internaute qui propose les contenus reste lui-même en ligne. Mais le responsable de la structure du site communautaire ne considère pas devoir assumer ni le choix ni la responsabilité des contenus s'agissant des contenus « postés » par les utilisateurs qu'on y trouve. Dans l'approche généralement retenue par ces prestataires, le responsable d'un site communautaire ne serait qu'un simple intermédiaire, accueillant des contenus « postés » par certains internautes et permettant seulement que ces contenus soient accessibles à d'autres internautes.

Ces quelques traits communs des sites peuvent masquer des différences tant dans les services offerts par le prestataire qui accepte le stockage qu'à propos de l'origine des contenus. Tous les sites - sites de partage de vidéo, d'images, encyclopédies en ligne... - ne proposent pas les mêmes services, n'ont pas les mêmes architectures ni n'offrent les mêmes outils (moteurs de recherches, indexations, « zones » aux statuts différents, interventions sur les contenus, présence de publicités, etc...).

S'agissant des contenus, peuvent être proposées des éléments personnels du « posteur », les vidéos de vacances de l'internaute lui-même ou le petit clip qui met ce dernier en scène... Les sites contributifs permettent ainsi de faire partager des expériences ou de tenter de se faire connaître. Lorsque l'internaute offre ses propres créations, les problèmes juridiques sont assez simples à régler (mais non inexistantes). Certains d'entre eux sont alors envisagés dans les conditions générales proposées par le prestataire technique. Lorsque les contenus contiennent tout ou partie d'éléments protégés par un droit de propriété intellectuelle d'un tiers, les difficultés sont d'une autre envergure et la question du respect de ces droits se pose avec davantage d'acuité. Ce sont ces situations qui provoquent le plus souvent les contentieux dont ont eu à connaître les tribunaux.

La première difficulté rencontrée par l'ayant droit qui entend faire retirer les contenus qu'il estime contrefaisant réside dans le choix de la démarche à suivre. Voyant généralement dans le prestataire une personne qui met les œuvres à la disposition du public, l'ayant droit entendra lui opposer directement ses droits de propriété intellectuelle.

Procédant à une autre analyse, le prestataire fait généralement valoir qu'il remplit à l'égard du contenu litigieux une simple fonction d'hébergement de telle sorte qu'il revendiquera le bénéfice des dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique au titre de ce contenu

L'enjeu de la qualification de l'activité incriminée est donc fondamental. Par application de la LCEN, le prestataire d'hébergement n'est responsable d'un contenu du site qu'il héberge que pour autant que, dûment averti de l'existence de contrefaçons sur le site hébergé, il

⁷⁹Cf. supra p. 9

serait resté passif alors qu'il avait les moyens de faire cesser le trouble. La responsabilité n'interviendrait (éventuellement) qu'*a posteriori*, en raison de l'inaction de l'hébergeur averti du trouble suivant les démarches que la loi impose. En revanche, si la qualification de fournisseur d'hébergement ne peut être retenue, le responsable du site contributif doit, en raison de son rôle actif, répondre immédiatement des contenus proposés sur son site. Tout manquement aux règles de la propriété littéraire et artistique lui est directement imputable.

L'autoproclamation étant insuffisante à fonder une qualification juridique, il faut trouver des critères qui permettent de conduire une analyse rigoureuse autorisant à retenir ou écarter le statut instauré par la LCEN. La démarche logique consiste naturellement dans la prise en considération de l'activité réelle de l'intermédiaire, par comparaison à celle qui a justifié l'adoption du régime spécial relatif à l'hébergement institué par la LCEN.

L'édification de régimes spéciaux correspond à une logique tirée de considérations techniques, économiques, industrielles, sociales et juridiques. Elle est souvent le fruit d'un arbitrage politique entre différentes contraintes et diverses aspirations. Chaque statut a sa raison d'être et il ne serait pas sain que l'on puisse instrumentaliser les qualifications, quand bien même il existerait des doutes sur le tracé des frontières. L'admission d'un régime spécial suppose donc que soient réunies certaines caractéristiques, dégagées par le législateur, étant entendu que ce statut, dérogatoire est naturellement d'interprétation restrictive.

L'analyse de la jurisprudence montre bien que deux questions se posent :

- quelle qualification retenir ?
- en cas d'analyse de l'activité en hébergement, quelles sont les obligations qui pèsent sur le prestataire ?

II. 3.1. Quelle qualification juridique retenir ?

Il convient, comme le prescrit la directive, de raisonner en termes « d'activité » et non de catégories de prestataires. La question n'est donc pas de savoir ce qu'est un hébergeur au sens de la directive et de la LCEN, mais d'identifier l'activité/ la fonction qui bénéficie de la limitation de responsabilité en vertu de ces textes, afin de la comparer à celles exercées par les sites contributifs du Web 2.0.

II.3.1.1. La fourniture d'hébergement telle qu'appréhendue par les textes

Aux termes de l'article 14 de la directive, l'activité bénéficiant de la limitation de responsabilité est clairement et exclusivement celle consistant à « stocker des informations fournies par un destinataire du service », l'expression « destinataire du service » désignant le tiers pour le compte duquel le stockage est effectué (le « client » du prestataire de stockage »).

L'article 6-1,2° de la LCEN est d'une formulation plus complexe et d'une compréhension moins immédiate. Il vise 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 ».

Au sein de ce membre de phrase, la proposition principale, qui définit l'activité bénéficiant du régime de limitation de responsabilité, est simple et reprend en substance le texte de la

directive : l'activité consiste dans le « stockage de signaux, d'écrits de sons ou de messages de toute nature [les « informations » dans la directive »] fournis par des destinataires de ces services », ces derniers désignant, comme dans la directive, les tiers pour le compte desquels est effectuée la prestation de stockage.

Cette proposition principale est entrecoupée d'une incise : « pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne ». La loi ajoute ici par rapport à la directive, en précisant la finalité de l'activité de stockage : elle doit être effectuée afin que les « signaux, écrits, images ... » stockés par le prestataire soient mis à disposition du public par un service de communication au public en ligne.

La difficulté de compréhension à première lecture provient :

- d'une part, de l'intervention successive, au sein de la phrase, d'un service de communication au public en ligne, puis d'un destinataire du service, semblant laisser entendre qu'il s'agirait de deux acteurs différents puisqu'ils sont désignés par des expressions différentes. De l'avis quasi unanime des membres de la commission, ces deux expressions désignent cependant la même personne car, dans le cas contraire, le texte n'aurait aucun sens ;
- et, d'autre part, de l'utilisation à deux reprises du mot « services », mais dans une acception différente : dans le premier cas, il s'agit des services de communication au public en ligne au sens défini par la LCEN ; dans le second, des services de stockage fourni par le prestataire bénéficiant du régime de l'article 6-I, 2° (alors que l'utilisation du pluriel pour le second « services », quand le singulier eût été plus approprié, et de l'adjectif démonstratif « ces » devant « services » suggèrent à tort de les rattacher aux services de communication au public en ligne).

En définitive, l'article 6-I, 2° de la LCEN envisage deux activités :

- la première, est celle qui bénéficie du régime de limitation de responsabilité : il s'agit du stockage des informations fournies par un tiers, en l'occurrence, par un service de communication au public en ligne ;
- la seconde, constitue la finalité de l'activité de stockage : il s'agit de la mise à disposition du public desdites informations par celui qui les a fournies : le service de communication au public en ligne.

Il convient ici de rappeler que l'expression « communication au public en ligne » désigne, en vertu de l'article 1-IV de la LCEN, « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas le caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur. »

Le fait que l'activité bénéficiant du régime de limitation de responsabilité consiste exclusivement, aux termes de la LCEN, dans le stockage des informations, ne saurait faire de doute et se trouve confirmé par la rédaction de l'article 6-I, 3° : « Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité engagée à raison des informations stockées [...] ».

Avant de comparer cette activité avec celles concrètement exercées par les sites contributifs du Web 2.0, il convient d'observer que la finalité du stockage telle que définie par la LCEN pose un problème de transposition à la situation desdits sites.

Selon les représentants de ces derniers, le site stocke les informations fournies par les internautes et ce sont ces derniers qui les mettent à disposition du public et qui constituent donc le « service de communication au public en ligne » visé par la LCEN.

Les représentants des ayants droit font cependant valoir qu'un internaute, simple particulier, ne saurait raisonnablement, ne serait-ce que d'un simple point de vue terminologique, se voir attribuer la qualité de « service de communication au public en ligne ». Ce à quoi les prestataires répondent que précisément, l'objet de la directive et de la LCEN a été de tirer les conséquences légales du fait que tout internaute peut aujourd'hui éditer ses propres contenus en ligne. Il n'est donc pas surprenant selon eux que les internautes reçoivent la qualification de « service de communication au public en ligne » s'agissant des informations qu'ils choisissent de mettre en ligne, y compris au sein d'un service plus large (exemple : un blog sur une plateforme de blogs, une page personnelle de vidéo sur une plateforme de vidéos, un message sur un forum, etc.). Les prestataires considèrent que tout doute à ce sujet est définitivement levé à la lecture de l'article 6-III qui, s'agissant de l'obligation d'auto-identification des éditeurs de services de communication au public en ligne, prévoit des dispositions particulières pour les non-professionnels (en particulier, la possibilité de demeurer anonyme aux yeux du public, à condition d'avoir fourni à l'hébergeur les informations d'identification exigées par la loi).

A l'inverse, les ayants droit font valoir que la définition figurant à l'article 1-IV exclut qu'il puisse en être ainsi. L'internaute qui « poste » l'information (une vidéo dans le cas des sites de partage de vidéos) n'en effectue pas, en effet, la « transmission, sur demande individuelle » et n'agit pas dans le cadre d'un « échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». Il n'est pas en communication avec les autres internautes. L'information qu'il « poste » est reproduite dans la base de données du site contributif et c'est ce dernier qui la transmet aux autres internautes sur demande individuelle de leur part et assure par conséquent le service de communication au public en ligne.

Il en résulterait, selon les ayants droit, que l'activité de stockage du site contributif ne serait pas réalisée « pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne » mais par lui-même, ce qui exclurait le bénéfice du régime.⁸⁰

Les prestataires rappellent à cet égard que les actes techniques qu'ils réalisent afin de permettre à l'internaute de mettre ses contenus à la disposition du public, sont naturellement réalisés pour son compte. En outre, la transmission du contenu, prise au sens strict, est également le fait de l'ensemble des opérateurs de télécommunication qui se succèdent sur le réseau entre l'internaute qui consulte un contenu et le serveur où ce contenu est stocké. Dès lors qu'aucun acteur ne remplit à lui seul toutes ces fonctions techniques, l'analyse proposée par les ayants droits aboutirait, selon les représentants des prestataires, à vider artificiellement de tout objet la définition de la notion de service de communication au public en ligne.

II.3.1.2. Les activités en cause des sites contributifs du Web 2.0

Il convient, à titre liminaire, de circonscrire les termes du débat. L'Association des Services Internet Communautaires (ASIC) souligne en effet, dans une note communiquée à la présente commission, que :

⁸⁰ Dans le même sens, v. Nicolas Martin, *Des conditions de la contrefaçon à celles de la faute en passant par la qualification d'hébergeur, le TGI de Strasbourg relance le débat sur les liens commerciaux*, *Lamy Droit de l'Immatériel* n° 31, oct. 2007 p. 15 : « Il n'est pas possible de se présenter comme l'hébergeur des données qui alimentent sa propre activité de communication au public en ligne et ce, quelle que soit l'origine des données. »

« Au-delà de notre fonction d'hébergement des contenus des utilisateurs de nos services, les sites communautaires ont tous des fonctions autres pour lesquels un régime de responsabilité différent peut s'appliquer. Certains sites communautaires pourront revêtir le statut « d'éditeur » pour les contenus qui sont mis en ligne de leur propre initiative (choix des rubriques, contenus propres) ou des statuts de responsabilité de droit commun, notamment en notre qualité de prestataire de service.

Ainsi, la responsabilité des acteurs de l'internet communautaires si elle relève d'un statut encadré en ce qui concerne la fonction d'hébergement de contenus, relève également du droit commun pour l'ensemble des autres fonctions et notamment, pour tous les contenus dont le site est l'auteur ou pour des fonctions qui ne seraient pas de nature « hébergement » (comme par exemple, le courtage). »

Le débat porte donc exclusivement sur les activités des sites contributifs relatives aux contenus « postés » par les utilisateurs et pour lesquelles les représentants desdits sites revendiquent le régime de limitation de responsabilité prévu par l'article 6-I,2° de la LCEN transposant l'article 14 de la directive du 8 juin 2000.

Il a été rappelé ci-dessus que ce régime s'appliquait exclusivement à l'activité consistant dans le stockage des informations fournies par le destinataire du service pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne.

Or il est difficilement contestable que les activités en cause des sites contributifs ne se limitent pas strictement au seul stockage. Ces sites proposent en effet des outils et fonctionnalité permettant la transmission des contenus « postés » par les utilisateurs et interviennent, fût-ce de façon limitée ou purement technique, sur ces contenus.

Toute la question est précisément de savoir si ces fonctions sont en quelque sorte connexes à l'activité de stockage, si elles se rattachent à celle-ci par un lien si étroit qu'elles pourraient n'être regardées que comme l'accessoire de l'activité principale de stockage - l'accessoire et le principal relevant alors du même régime - ou si, au contraire, elles doivent être appréhendées distinctement du stockage, avec deux conséquences possibles :

- ces activités distinctes du stockage emporteraient disqualification du régime pour l'ensemble,
 - ou : le régime de limitation de responsabilité s'appliquerait au seul stockage et les activités distinctes relèveraient du droit commun entraînant ainsi, pour un même contenu, un cumul de régimes.
- La diffusion des contenus

Si les contenus sont initialement « postés » par les utilisateurs, d'un point de vue technique à tout le moins, leur communication au public est effectuée par le site contributif puisque ce sont les fichiers stockés sur son serveur qui sont transmis aux internautes qui en font la demande. Juridiquement, il s'agit d'un acte de télédiffusion effectué par le site.

Or l'acte de communication au public n'est visé ni par la directive ni par la LCEN⁸¹ comme étant couvert par le régime de limitation de responsabilité, réservé au stockage.

Les représentants des sites contributifs font cependant observer que la « mise en ligne » des informations stockées est inhérente à l'activité de stockage et que cette prestation, techniquement indispensable, est systématiquement fournie par les hébergeurs les plus traditionnels, tels que la société OVH, dont les responsables ont été auditionnés par la commission.

Les représentants des ayants droit répondent que la « mise en ligne » par les hébergeurs traditionnels serait fondamentalement différente de la communication au public réalisée par les sites contributifs.

Ils observent, en premier lieu que, dans le cas d'un hébergeur traditionnel, la mise en ligne est effectuée pour le compte du site « client » de celui-ci. L'hébergeur n'apparaît pas aux yeux du public ; il est, entre le public et le site, un intermédiaire technique « transparent », qui n'a de liens contractuels qu'avec le site. Pour le public, le contenu apparaît comme diffusé par le site et non par l'hébergeur. Au contraire, dans le cas d'un site contributif, la communication au public est effectuée sous la marque de ce dernier, en quelque sorte, sous son enseigne. De ce fait, les ayants droits considèrent que ces sites se comportent comme des médias interactifs : par un canal - leur adresse Web - ils donnent accès, sous leur marque, à des contenus - souvent protégés - grâce auquel ils génèrent une audience. Les ayants droit soulignent à cet égard l'utilisation, symptomatique selon eux, du mot « chaîne », employée par lesdits sites pour désigner les rubriques sous lesquelles sont classées les vidéos. Ils relèvent enfin que la diffusion des contenus s'effectue exclusivement, au moins pour les contenus audiovisuels, par à des formats d'encodage et des « players » (logiciels de lecture) propres à chaque site contributif, situation qui, là encore, n'a rien de comparable avec celle des hébergeurs traditionnels.

Les représentants des ayants droit s'appuient, en second lieu, sur les conditions d'utilisation de certains sites participatifs dont il résulterait que ces derniers imposent de véritables licences d'utilisation dans le cadre de leurs relations contractuelles avec les internautes. Ces licences ne se distingueraient pas fondamentalement des accords conclus par certains sites avec des producteurs de contenus dits « professionnels », qu'ils choisissent de diffuser et au regard desquels ils revendiquent le statut d'éditeur.

Ainsi, il est prévu dans les conditions d'utilisation du site MySpace que : « *en publiant tout contenu sur ou par le biais des Services de MySpace vous accordez à MySpace.com une licence limitée quant à l'utilisation, la modification, la production au public, l'affichage public, la reproduction et la distribution de ce Contenu sur et par le biais des Services de MySpace* »⁸².

De même, il est précisé dans les conditions générales d'utilisation du service proposé par YouTube : « 8.2 *Vous conservez tous vos droits de propriété intellectuelle sur vos Contributions, mais vous êtes tenu de concéder des droits limités à YouTube et aux autres utilisateurs du Site Internet. (...).* « 10.1 (...) *lorsque vous chargez ou affichez une Contribution sur YouTube, vous concédez (...) à YouTube, le droit non exclusif, cessible (y compris le droit de sous-licencié), sans contrepartie financière et pour le monde entier,*

⁸¹ Selon la position des ayants droit, il serait même exclu par la LCEN, puisque celle-ci suppose que l'acte de communication au public en ligne s'effectue non par l'hébergeur mais par un tiers : le service de communication au public en ligne auquel est fournie la prestation d'hébergement.

⁸² Disponible sur le site www.myspace.fr. L'article 6.I des CGU de MySpace précise néanmoins que : 1) MySpace ne revendique aucun droit de propriété sur le texte, les fichiers, images, photos, vidéos, sons, oeuvres musicales, oeuvres d'auteur, applications ou tout autre contenu publié sur ou par le biais des Services MySpace 2) Après sa mise en ligne, les utilisateurs de MySpace conservent l'ensemble des droits qu'ils pourraient avoir sur un tel contenu.

d'utiliser, de reproduire de distribuer, de représenter et d'exécuter des contributions dans le cadre de l'offre [du service YouTube]. (...) 10.2 Les droits que vous concédez ci-dessus sur les Vidéos d'Utilisateurs cessent lorsque vous ôtez ou supprimez vos Vidéos d'Utilisateurs du Site Internet. ... »⁸³.

Les représentants des ayants droit observent que de telles licences n'interviennent pas dans le cadre des relations entre des hébergeurs traditionnels et leurs clients puisque, comme rappelé ci-dessus, la mise en ligne n'est qu'une prestation technique effectuée pour le compte du site et l'hébergeur ne dispose d'aucun droit sur le contenu.

Ils en déduisent que les contrats conclus entre les internautes et les sites contributifs se révèlent être des licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle, attestant ainsi de la qualité d'exploitant de service de communication au public en ligne de ces sites car, sinon, comment expliquer qu'ils éprouvent le besoin de se faire concéder des droits de propriété intellectuelle sur des contenus qu'ils n'auraient pas vocation à exploiter ?

Enfin, les représentants des ayants droit font valoir que la diffusion des contenus par les sites contributifs génère une audience qui valorise leur marque et qu'ils monétisent par des recettes publicitaires. Ils ont donc un intérêt économique au regard des contenus qu'ils diffusent, situation totalement différente de celle des hébergeurs traditionnels et qui justifie d'appréhender différemment la responsabilité en découlant.

Les représentants des sites contributifs contestent l'ensemble de ces appréciations.

Ils font valoir tout d'abord que les caractéristiques prêtées aux sites en cause ne sont pas une nouveauté, en citant le cas des forums de discussion, qui recueillent et mettent en ligne des contenus « postés » par les utilisateurs, sous une même interface technique, et sous « l'enseigne » du site où le forum est ouvert (que ce soit un site intégralement consacré à de tels forums, ou un site éditorial – tel un site d'actualité – comportant une rubrique « Forum »). Ils ajoutent que le caractère plus ou moins interactif d'un service n'a aucune influence sur l'analyse juridique : l'interactivité révèle seulement que le rôle de l'opérateur de la plateforme est celui d'un intermédiaire, eu égard à aux contenus « postés » par les contributeurs du site.

Les représentants des sites contributifs considèrent ensuite que les droits concédés par l'utilisateur acceptant les conditions générales d'utilisation du service précitées le sont uniquement aux fins d'autoriser le prestataire à réaliser, à sa demande et pour son compte, les actes de reproduction inhérents à la fourniture du service. En effet, s'il peut demeurer un débat juridique sur la question de savoir si, dans les rapports entre l'hébergeur et l'hébergé, doit être explicitée l'autorisation – certes indispensable – donnée à l'hébergeur de réaliser ces actes, il ne fait aucun doute que cette licence trouve donc sa limite dans la mission confiée au prestataire et dans sa durée : c'est la raison pour laquelle cette licence prend immédiatement fin dès lors que l'internaute choisit de retirer tel ou tel contenu des serveurs de stockage.

S'agissant de leur modèle économique, ils relèvent en particulier que ni la directive ni la LCEN ne font dépendre le statut d'hébergeur de la manière dont celui-ci tire profit de son activité. Ils en déduisent que le choix d'un modèle de gratuité pour le public - profitable à ce dernier - rémunéré par la publicité, plutôt que celui d'un abonnement payant ne saurait, en l'absence de toute distinction légale, permettre d'exclure le régime de limitation de responsabilité. Enfin, ils font valoir que de nombreux sites de partage de contenus ont, en tout état de cause, pris la précaution de ne pas diffuser de publicité autour d'un contenu dont la provenance est incertaine, sauf à ce qu'un ayant droit les revendique *a posteriori* et

⁸³ Disponible sur le site www.youtube.fr.

autorise, mais seulement à partir de ce moment là, une exploitation publicitaire de ce contenu, moyennant un partage des revenus générés.

- L'intervention sur les contenus

Les représentants des ayants droit font valoir que les plates-formes de partage de vidéos interviennent sur les contenus qu'elles diffusent au moins à deux niveaux :

- le réencodage des vidéos aux fins d'en permettre l'écoute et la visualisation au moyen de logiciels propre à chaque site,
- la présentation et la mise en valeur des contenus : l'accès à ceux-ci peut en effet s'effectuer soit à l'aide d'un moteur de recherche, outil fourni par le site, soit par l'intermédiaire des différentes rubriques (les « chaînes ») dans lesquelles les vidéos sont classées par thème. S'y ajoute un classement des vidéos les plus regardées. Certaines d'entre elles sont mises en valeur sur la page d'accueil des sites. Toutes bénéficient d'une présentation attractive, dictée par l'ergonomie et la charte graphique de chacun des sites concernés. En d'autres termes, les sites contributifs organisent une lisibilité des contenus qui ne répond pas seulement à des nécessités pratiques, mais se veut conviviale et propre à attirer l'audience recherchée par ces sites.⁸⁴

Les ayants droit en déduisent que cette intervention sur les contenus, que l'on pourrait qualifier de « façonnage » selon l'expression du Professeur Vivant⁸⁵, constitue une activité distincte du stockage et étrangère au rôle de l'hébergeur pour lequel a été conçu le régime de limitation de responsabilité prévu par la directive et la LCEN.

Les représentants des sites contributifs en cause considèrent au contraire que les interventions effectuées sur les contenus fournis par les internautes ne remettent pas en cause leur neutralité. Selon eux, ce n'est pas parce qu'il y a une intervention humaine pour créer le support qu'il y a édition, dès lors que cette intervention ne prend pas la forme d'un choix (contrôle ou maîtrise) sur les contenus.

S'agissant du formatage du contenu, celui-ci n'est de leur point de vue qu'un codage automatisé qui ne constitue pas en lui-même une intervention éditoriale sur ce contenu.

Quant à l'organisation du contenu, ils font valoir qu'« un fournisseur d'hébergement est nécessairement conduit à structurer l'information qu'il stocke sur son ou ses serveur(s) » :

« Cette structure consiste *a minima* à allouer un espace déterminé de son serveur, que le responsable du site hébergé puisse ou non en personnaliser l'adresse (URL). Cette structure peut être encore visible au sein de la page même sur laquelle figure les informations hébergées, pour un meilleur accès de l'utilisateur à ces dernières. Dans toutes ces hypothèses, la structure donnée au service d'hébergement participe

⁸⁴ Dans le même sens, v. J. Dionis du Séjour et C. Erhel, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, p. 26 : « Ces sites, en effet, grâce à des logiciels nouveaux dénommés *agrégateurs*, offrent une lisibilité nouvelle aux éléments mis en ligne. Pourquoi ? D'une part, ils offrent un classement par rubriques sous lesquelles les internautes vont mettre leurs contributions. De l'autre, ils comportent un dispositif de visibilité de ces contributions. Plus une contribution est consultée, plus elle apparaît tôt dans le classement. Les contributions les plus regardées du moment se trouvent ainsi très accessibles, dès la page d'accueil du site ou de la rubrique. Ainsi, si l'on veut encore une fois faire référence à la presse, tout se passe comme si les contributions les plus regardées du moment figuraient en *une* du site, les moins regardées étant, elles, beaucoup moins accessibles et finissant même par être automatiquement effacées du site après un certain délai sans consultation. »

⁸⁵ « Toute intervention de l'opérateur démontrant qu'il participe d'une certaine manière au *façonnage* des contenus est évidemment de nature à pousser à ce que nous avons appelé la *disqualification*. » *Lamy Informatique et Réseaux*, n° 2735.

de l'essence même de ce service. Le fournisseur d'hébergement ne peut donc perdre sa qualité d'intermédiaire technique de ce seul chef. La loi ne fait d'ailleurs pas dépendre la qualité d'hébergeur de la manière dont le service d'hébergement est organisé. »⁸⁶

Les positions des uns et des autres apparaissent donc radicalement opposées. Pour les ayants droit, les sites contributifs **exploitent des services de communication au public en ligne, activité selon eux distincte de celle de stockage**, qui seule bénéficie du régime de l'article 6-I, 2° de la LCEN. La responsabilité découlant de cette exploitation doit être appréciée selon les règles du droit commun. Pour les représentants de ces sites, le critère fondamental est celui de l'origine et du choix du contenu. Ils considèrent ne pas s'écarter du régime prévu par la directive et la LCEN et **conserver leur statut de fournisseur d'hébergement des lors que les contenus sont fournis par les utilisateurs et choisis par ces derniers**.

Le GESTE (Groupement des Editeurs de Services en ligne) a présenté pour sa part, en fin des travaux de cette commission, une position spécifique s'appuyant sur une analyse de l'activité d'édition en ligne pour en déduire le régime de responsabilité qui lui est propre et adapté.

Le GESTE constate en premier lieu l'absence, au sein de la LCEN, de définition de l'activité d'édition qu'il considère intrinsèquement différente de celle d'hébergement.

Il rappelle, en second lieu, que l'activité d'édition englobe deux activités distinctes - l'édition de contenus, d'une part, et l'édition de services, d'autre part - auxquelles correspondent des régimes de responsabilité différents. L'appréciation de la responsabilité applicable à l'édition de services en ligne nécessite de prendre en compte une dimension spécifique à cette activité : un service de communication au public en ligne (le contenant) peut être distingué de son contenu. Un tel service est accessible et matérialisé par ses composants techniques et ses fonctionnalités, indépendamment de la présence ou de l'absence de contenu accessible via un tel service. Le GESTE considère que l'éditeur d'un service de communication au public en ligne a, en tant que tel, des caractéristiques comparables à celle de l'hébergeur : l'absence de contrôle préalable des contenus mis en ligne par des tiers via le service, et l'absence de connaissance préalable de tels contenus. L'éditeur d'un service ne serait *a priori* responsable que du caractère illicite de la ligne éditoriale qu'il a choisie pour son service, n'ayant pas de contrôle préalable sur les contenus mis en ligne par un tiers via son service. Il ne pourrait être responsable à raison des contenus mis en ligne via son service, que si, informé du caractère illicite d'un contenu hébergé par son service, il n'aurait pas agi promptement pour cesser la mise en ligne via son service d'un tel contenu manifestement illicite.

En présence de ces positions inconciliables, qui, s'agissant de celles des ayants droits et des représentants des sites contributifs, peuvent l'une et l'autre s'appuyer sur des jurisprudences contradictoires (voir infra), la commission n'est pas en mesure de proposer une conclusion sur la qualification applicable aux sites contributifs du Web 2.0 avec lesquels, selon M. Dionis du Séjour et Mme Erhel, « on arrive à la limite du statut d'hébergeur tel qu'il est défini par la LCEN »⁸⁷.

⁸⁶ AFA : *Analyses relatives aux intermédiaires techniques de la société de l'Information*, avril 2008, note remise à la commission.

⁸⁷ Rapport préc. p. 28

II.3.1.3. Une jurisprudence hésitante

Un premier courant jurisprudentiel conduit à qualifier les exploitants de site Web 2.0 « d'éditeur » de contenus et à reconnaître à ce titre leur responsabilité.

Ce mode de raisonnement a été celui de la cour d'appel de Paris, dans l'affaire Société Tiscali Média⁸⁸, rendue sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2000, pour admettre la responsabilité de cette société vis-à-vis des contenus hébergés. La cour s'est fondée sur une analyse des prestations effectivement fournies par la Société Tiscali Média pour juger que les fonctions exercées par celle-ci ne se limitent pas à celles d'un fournisseur d'hébergement dès lors qu'elle « propose aux internautes de créer leur page personnelle à partir de son propre site (...) » et qu'il est établi qu'« elle exploite commercialement le site [en question] puisqu'elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles ».

On peut mentionner également l'ordonnance de référé rendue dans l'affaire dite Myspace⁸⁹ qui juge qu'en « imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités... ».

Dans le même sens, il faut également mentionner la décision du TGI de Bastia, du 6 juillet 2007, qui évoque un « rôle actif dans le référencement, le classement et le tri des liens permettant d'accéder aux œuvres contrefaisantes ».

Cette approche ne concerne pas le seul droit d'auteur, comme en témoigne l'ordonnance de référé rendue le 27 mars 2008 (tribunal de grande instance de Paris)⁹⁰. Dans cette affaire le

⁸⁸ CA Paris 4 ch., sect. A, 7 juin 2006, Sté Tiscali Média c/Sté Dargaud Lombard et autres : la cour a relevé notamment que la société ne se limite pas à une simple prestation technique, mais « propose aux internautes de créer leur page personnelle à partir de son propre site (...) » et qu'il est établi qu'« elle exploite commercialement le site [en question] puisqu'elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles » pour en déduire que Tiscali Média, en l'espèce, est éditeur de contenu.

⁸⁹ TGI, réf. 22 juin 2007 J.-Y. Lambert dit Lafesse c/ société Myspace Inc. : «... Attendu que s'il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction technique ; qu'en effet, imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités... »

⁹⁰ « Mais attendu qu'il ressort des pièces produites aux débats, que le site litigieux est constitué de plusieurs sources d'information dont l'internaute peut avoir une connaissance plus complète grâce à un lien hypertexte le renvoyant vers le site à l'origine de l'information ; « Qu'ainsi en renvoyant au site « celebrities-stars.blogspot.com », la partie défenderesse opère un choix éditorial, de même qu'en agaçant différentes rubriques telles que celle intitulée « People » et en titrant en gros caractères « KYLIE MINOGUE ET OLIVIER MARTINEZ TOUJOURS AMOUREUX ENSEMBLE A PARIS », décidant seule des modalités d'organisation et de présentation du site ; « Qu'il s'ensuit que l'acte de publication doit donc être compris la concernant, non pas comme un simple acte matériel, mais comme la volonté de mettre le public en contact avec des messages de son choix ; qu'elle doit être dès lors considérée comme un éditeur de service de communication au public en ligne au sens de l'article 6.III.1.c de la loi précitée (la LCEN) renvoyant à l'article 93-2 de la loi du 21 juillet 1982 ;

(...)

« Que la responsabilité de la société défenderesse est donc engagée pour être à l'origine de la diffusion de propos qui seraient jugés fautifs au regard de l'article 9 du code civil ; « Attendu qu'il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 9 précité, toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit au respect de sa vie privée ; « Attendu qu'en évoquant la vie sentimentale d'Olivier MARTINEZ et en lui prêtant une relation réelle ou supposée avec une chanteuse, en l'absence de toute autorisation ou complaisance démontrée de sa part, la brève précitée, qui n'est nullement justifiée par les nécessités de l'information, suffit à caractériser la violation du droit au respect dû à sa vie privée ; que l'atteinte elle-même n'est pas sérieusement contestée ; « Qu'il en est de même pour le renvoi opéré, grâce à un lien hypertexte, à l'article publié sur le site « celebrities-stars.blogspot.com », lequel article fournit des détails supplémentaires en particulier sur la séparation des intéressés et leurs retrouvailles ; que ce renvoi procède en effet d'une décision délibérée de la société défenderesse qui contribue ainsi à la propagation d'informations illicites engageant sa responsabilité civile en sa qualité d'éditeur ».

site Fuzz.fr a été condamné à une provision indemnitaire de 1 000 euros et à 1 500 euros de remboursement des frais d'avocat d'un acteur qui l'avait assigné pour avoir laissé diffuser sur son site des informations sur sa vie privée. Le juge a considéré que le site faisait oeuvre éditoriale dans la mesure où l'on y trouvait des liens renvoyant vers d'autres sites, ce qui faisait dudit site un site d'information original. Dès lors que sur les sites référencés en lien par Fuzz.fr se trouvaient des propos portant atteinte à la vie privée, le site « éditorial » se trouvait en situation d'être condamné, conformément au droit de l'édition. Le juge a considéré visiblement que le site consacré à l'acteur évoqué finissait par fonctionner comme une sorte de journal interactif, qu'il fallait donc bien que quelqu'un en assume la responsabilité éditoriale d'ensemble, et que c'est celui qui se présentait comme simple hébergeur qui devait le faire.

Un **second courant jurisprudentiel** retient au contraire la qualification « d'hébergeur » pour les sites du Web 2.0 : ces décisions refusent toute pertinence aux critères tirés de la structuration de l'information et du modèle économique et soulignent que l'activité des sites en cause ne saurait être regardée comme étant de nature éditoriale lorsque les contenus diffusés sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes : le TGI de Paris a ainsi jugé que « le fait pour la société défenderesse d'offrir aux utilisateurs de son service GOOGLE VIDEO une architecture et des moyens techniques permettant une classification des contenus, (...) ne permet pas de le qualifier d'éditeurs de contenu dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes (...) ⁹¹ ».

Un jugement du 19 octobre 2007 du même Tribunal (Zadig c Google) énonce que « le fait pour la société défenderesse d'offrir aux utilisateurs de son service Google vidéo une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus, au demeurant nécessaire à leur accessibilité par le public, ne permet de la qualifier d'éditeur de contenu dès lors qu'il est constant que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence, est personnellement à l'origine de la diffusion et engage à ce titre sa responsabilité ».

On peut également citer une ordonnance de référé du 29 octobre 2007 par laquelle le Tribunal de grande instance de Paris a reconnu la qualité d'hébergeur à la société Wikipédia, au motif que les articles de cette encyclopédie sont le fruit des contributions que les internautes postent sur ses services.

Le même Tribunal a encore considéré, par une décision du 13 juillet 2007, que « la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier la société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion, raison pour laquelle il engage sa responsabilité ».

Le Tribunal de commerce de Paris s'est prononcé dans le même sens par un jugement du 20 février 2008 ⁹²:

« Attendu que le fait pour les défenderesses d'organiser la présentation du site, d'offrir aux internautes les moyens de classer et de présenter leurs vidéos, de subordonner le stockage de vidéos à l'acceptation de conditions générales ne leur confère pas le contrôle des contenus et des internautes.

⁹¹ TGI Paris, 19 octobre 2007, Zadig Productions c/ Google Inc.

⁹² TC Paris, 20 février 2008, Flash Film contre Google France et Google Inc.

Attendu en outre que Google Inc. et Google France ne prennent aucune initiative dans le choix et la présentation des œuvres, qu'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. »

Enfin, après avoir relevé que « Le service d'éditeur de la société Dailymotion proposé aux motion makers ou aux official users » n'était pas en cause dans ce litige le TGI de Paris⁹³ a écarté l'ensemble des arguments par lesquels il était invité à juger que la société Dailymotion intervient sur les contenus mis à la disposition du public en relevant notamment que « la limite imposée par la société Dailymotion quant à la taille des fichiers acceptés est une contrainte technique et n'implique aucun regard sur le contenu du fichier posté mais seulement une limite à ce que le serveur peut intégrer », que « le réencodage opéré par la société Dailymotion pour rendre compatible les fichiers postés est également une opération purement technique qui ne demande aucun choix quant au contenu de la vidéo postée ; que seul est de nature éditoriale le choix des contenus des fichiers mis en ligne, de sorte que le fait de structurer les fichiers mis à la disposition du public selon un classement choisi par le seul créateur du site ne donne pas à ce dernier la qualité d'éditeur tant qu'il ne détermine pas les contenus des fichiers mis en ligne », enfin « que la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas davantage de qualifier la société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que rien dans le texte de loi n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son site en vendant des espaces publicitaires tant que les partenariats auxquels il consent, ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes ».

- Appréciation critique de la jurisprudence :

Indépendamment des conclusions auxquelles aboutissent ces décisions, qu'elles se soient prononcées en faveur ou contre l'application du statut de limitation de responsabilité aux sites contributifs, **la méthode suivie n'apparaît pas appropriée.**

En effet, la directive et la LCEN ont défini, pour une activité précise, un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun. Pour juger si un prestataire peut en bénéficier, la démarche logique consiste donc à apprécier si l'activité exercée par ce prestataire correspond à celle définie pour ce régime spécifique. Dans l'affirmative, le régime dérogatoire doit s'appliquer. Dans la négative, on doit en revenir au droit commun.

En lieu de quoi, les décisions précitées, sans même s'interroger sur l'application aux cas considérés des définitions figurant respectivement aux articles 14 de la directive et 6-I,2° de la LCEN, font appel à un autre concept, celui d'éditeur, pour juger que si les sites contributifs en cause ne peuvent pas être qualifiés d'éditeur, ils ont alors nécessairement la qualité d'hébergeur.⁹⁴

Cette démarche suscite d'importantes critiques.

En premier lieu, elle revient à renverser totalement le rapport entre droit général et droit spécial en transformant un statut exceptionnel en catégorie applicable par défaut.

⁹³ TGI Paris, 15 avril 2008, 3^e chambre, 1^{ère} section, jugements rendus dans les affaires Jean Yves Lafesse et autres / Dailymotion et autres et Omar Sy, Fred Testot et autres contre Dailymotion.

⁹⁴ 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. »

En second lieu, alors que la LCEN et la directive définissent l'activité qui bénéficie du régime de limitation de responsabilité, les décisions précitées se fondent paradoxalement sur une notion - celle d'éditeur - qui, quant à elle, n'est aucunement définie par ces textes.

Au-delà de l'absence de définition légale de l'activité d'édition en ligne, d'ailleurs regrettée par le Groupement des Editeurs de Services en ligne⁹⁵, il n'existe de surcroît aucun consensus sur les critères qui permettraient de la caractériser.

On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, de voir les décisions précitées retenir des critères différents pour admettre ou rejeter la qualification d'éditeur :

- celles qui l'admettent ont en effet pris en compte la « structure de présentation » des contenus proposée par les sites considérés ainsi que les revenus publicitaires perçus par ceux-ci,
- tandis que ces critères sont au contraire rejetés par les décisions ayant exclu la qualité d'éditeur, pour privilégier celui de l'origine et/ou du choix du contenu.

A appliquer des critères différents, on aboutit nécessairement à des solutions différentes, ce qui exclut toute prévisibilité et toute sécurité juridique. Il est vrai que l'absence de définition légale ne facilite pas le raisonnement judiciaire. Pourtant, certaines décisions fondent paradoxalement leur démarche sur cette notion.

Il en est ainsi, en particulier, des jugements rendus par la 3^{ème} chambre 1^{ère} section du TGI de Paris le 15 avril 2008.

Ces décisions indiquent que « les éditeurs sont définis comme étant *la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge* », en présentant cette définition entre guillemets et comme si elle procédait de la LCEN.

A la ligne suivante, on lit en effet : « L'article 6-3,1^o de la LCEN vise le cas de personnes éditeurs à titre professionnel et non professionnels » et, un peu plus loin :

« Il convient donc d'apprécier au regard des seules dispositions de la LCEN si la société Daily Motion détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public »,

« Or, au regard des dispositions de la LCEN, ne constitue un choix éditorial que le choix des contenus des fichiers mis en ligne »,

« La LCEN n'a pas interdit aux hébergeurs de gagner de l'argent en vendant des espaces publicitaires et a volontairement limité au seul critère du choix du contenu effectué par la société créatrice du site, la condition à remplir pour être éditeur. »

Or, de telles dispositions sont totalement absentes de la LCEN. De plus, ainsi qu'il a été précédemment rappelé, cette loi ne traite, sans le définir, que de l'éditeur de services de communication au public en ligne et non de l'éditeur de contenus, le GESTE soulignant, dans son ouvrage précité, que, parmi les éditeurs en ligne, il faut distinguer ces deux types

⁹⁵ Groupement des Editeurs de Services en Ligne : *Edition de contenus et de services en ligne Mode d'emploi, Victoires Editions, 2008*, v. par ex. p. 14 : « Que faut-il entendre précisément par *Edition en ligne* ? Curieusement, alors que ce terme est devenu omniprésent, il n'en existe toujours pas de définition précise, pourtant nécessaire pour donner un statut et un régime de responsabilité clairs à l'ensemble des acteurs du secteur. »

d'activités d'édition .⁹⁶ S'il fallait s'interroger sur une qualification d'éditeur, peut-être aurait-on pu envisager, à tout le moins, la catégorie des éditeurs de services seule visée par la loi plutôt que celle des éditeurs de contenus ignorée de la même loi.

Si l'on peut comprendre le souhait légitime du Tribunal de relier l'assise du raisonnement proposé (la notion d'éditeur) à la LCEN, on concèdera que la démarche pêche quelque peu par manque de rigueur.

On regrettera enfin que le Tribunal cite l'article 6-I, 2° de la LCEN de manière erronée.

Dans les deux jugements précités, on lit en effet :

« L'article 6-1-2° définit les hébergeurs comme étant des personnes qui *mettent à la disposition du public par les services de communication au public en ligne, le stockage de signaux d'écrits, d'images, de son ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services.* »

Au lieu d'assurer le stockage, comme le prévoit le texte concerné, les hébergeurs deviennent ainsi les personnes qui «mettent à la disposition du public [...] le stockage [...]», ce qui est évidemment tout autre chose. De plus, on conçoit mal comment un stockage pourrait être «mis à la disposition du public» et comment lesdites personnes pourraient être qualifiées d'hébergeur si elles n'assurent pas elles-mêmes ce stockage⁹⁷.

II.3.2. Economie de la responsabilité des prestataires au titre de leurs activités d'hébergement

A supposer que la qualification de l'activité en hébergement soit retenue par les tribunaux, c'est le régime d'irresponsabilité conditionnelle adopté à ce titre par la LCEN qui sera applicable (II.3.2.1). L'examen de la jurisprudence montre cependant des difficultés de mise en œuvre du donné légal et l'adoption de solutions tendant à alourdir, les obligations pesant sur les prestataires ainsi qualifiés d' « hébergeurs » (II.3.2.2 & II.3.2.3).

II.3.2.1. Physionomie générale

Le système mis en place par la LCEN repose sur l'idée de **neutralité du prestataire technique**. Ce dernier ne peut être responsable du fait du contenu hébergé que s'il est démontré qu'il n'ignorait rien de la présence et du caractère illicite de ce contenu.

Dans la mesure où la directive du 8 juin 2000 (article 14) et la LCEN (article 6-I, 2° & 3°) ont ainsi institué un système de responsabilité reposant sur la faute prouvée plutôt que sur le risque créé, **la base de la construction législative est l'élément de connaissance**. Tant que l'hébergeur ignore tout de l'illicéité du contenu, sa responsabilité ne peut être recherchée.

Mais le régime d' « irresponsabilité conditionnelle » ainsi mis en place ne peut avoir pour conséquence de priver l'ayant droit dont les intérêts ont été méconnus de tout recours contre un éventuel responsable. Il doit être possible à l'ayant droit de trouver un « répondant » aux actes de contrefaçon constatés.

⁹⁶ Edition de contenus et de services en ligne Mode d'emploi, préc. v. par ex. p. 15 : « Dès lors, le terme d'édition en ligne doit se comprendre comme désignant l'édition de contenus numériques et de services en ligne. »

⁹⁷ Sur le caractère erroné de cette citation, v. l'éditorial de la revue *Expertises des Systèmes d'Information*, n° 326, juin 2008, intitulé *De l'utilité des citations fausses*.

Ce dernier est, en premier lieu, celui qui a « fourni le contenu ». Cette personne est celle qui est à l'origine du contenu (celle qui l'a créé en reprenant parfois des éléments protégés appartenant à d'autres) ou/et celle qui en assume la responsabilité en se proposant de la mettre à la disposition du public (dans le Web 1.0, le « webmaster » qui assume une « responsabilité éditoriale »).

Faute de pouvoir engager la responsabilité de l'hébergeur ignorant, l'ayant droit doit pouvoir s'adresser à l' « hébergé ». La loi désigne ce répondant comme étant l'« éditeur de service de communication au public en ligne » :

Cependant, pour que la responsabilité de l'« éditeur de service de communication au public en ligne » puisse être mise en œuvre encore faut-il pourvoir l'identifier. Pour cette raison la LCEN met à la charge de l'hébergeur une obligation d'identification de l'« éditeur de service de communication au public en ligne ». Où l'on retrouve encore l'idée de connaissance comme ressort de la responsabilité.

Ces deux séries d'observations (nécessité d'une connaissance de l'illicéité et d'une connaissance de l'identité) ne sont pas simplement complémentaires mais aussi interdépendantes. Chacune des solutions s'explique par la présence de l'autre.

Comme l'explique M. Dionis du Séjour⁹⁸, « *l'économie de la responsabilité amoindrie de l'hébergeur repose ainsi sur les moyens qu'il met en œuvre pour faciliter, d'une part, la cessation des délits et autres infractions, et de l'autre la répression des contrevenants.*

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.

Autrement dit, 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 »⁹⁹.

Doivent donc être étudiées, tout à tour, les solutions retenues tant à propos de l'obligation d'identification de l' « hébergé » (2.2) que de l'éventuelle responsabilité du fait du caractère illicite du « contenu hébergé » (2.3).

II.3.2.2. Obligation d'identification de l'hébergé à la charge de l'hébergeur

Dans la logique d'un système où l'hébergeur ne peut être, *a priori*, regardé comme responsable du contenu contrefaisant, il est nécessaire de **donner à l'ayant droit les moyens de retrouver celui qui est à l'origine de la contrefaçon.**

Tel est l'objet de l'article 6-II de la LCEN qui met à la charge notamment des hébergeurs l'obligation de détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de

⁹⁸Rapport précité, p.18-19

⁹⁹ Les représentants des acteurs de l'Internet ont émis de fortes réserves quant à cette analyse, en faisant valoir que l'obligation d'identification – moyen permettant la responsabilisation des auteurs de la mise en ligne des contenus – est indépendante de la nature des contenus eux-mêmes, et des règles légales éventuellement violées par la publication de ces contenus. Ils ont également souligné que la responsabilité pénale implique nécessairement un élément intentionnel lié à l'infraction principale, qui ne saurait exister de la simple omission de conserver des données de connexion.

personnes ayant contribué à la création du contenu ou des contenus des services dont ils sont prestataires. Selon ce texte :

« Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Elles fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au III.

L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa.

Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du Code pénal sont applicables au traitement de ces données.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation ».

En résumé, les hébergeurs doivent respecter deux obligations distinctes :

- d'une part, recueillir et conserver les éléments permettant l'identification des personnes ayant procédé à la création d'un contenu (alinéa 1^{er}). Cette obligation doit faire l'objet d'un décret d'application¹⁰⁰;
- d'autre part, fournir aux éditeurs qu'ils hébergent les moyens techniques pour remplir leur propre obligation d'auto-identification (issue de l'article 6.III).

L'existence et la finalité de ces obligations sont parfaitement comprises par l'ensemble des professionnels. Ainsi pour l'association des Services Internet Communautaires (ASIC), de façon générale¹⁰¹ :

« 1 - Les personnes définies à l'article 6.I.2 de la LCEN demeurent soumises à une obligation forte, celle de conserver les données permettant l'identification des personnes à l'origine des contenus. Cela recouvre, notamment, des données déclaratives mais également des données plus personnelles comme des numéros de carte bancaire lorsque le service donne lieu à des paiements ou des adresses de courrier électronique qui seront vérifiées. Ce sont ces informations qui sont communiquées aux autorités notamment de police et de gendarmerie dans le cadre de réquisitions judiciaires et qui leur permettent d'assurer la poursuite de l'action publique à l'encontre de délinquants. Le décret prévu au II de l'article 6 de la LCEN et spécifique aux personnes définies à l'article 6.I.2 est d'ailleurs en cours de préparation et viendra préciser les informations et les durées de conservation correspondant à cette obligation d'identification ».

La raison d'être de cette obligation explique qu'elle fasse l'objet d'une application judiciaire particulièrement exigeantes (a)... au point parfois de l'imposer à une personne qui pour sa défense prétendait n'être qu'un hébergeur mais qui a finalement vu son activité requalifiée en « édition » (b).

a) Une application judiciaire exigeante

Dans un arrêt du 12 décembre 2007, la Cour d'appel de Paris¹⁰² a non seulement condamné un hébergeur du fait du contenu contrefaisant qui était hébergé sur des blogs, mais encore

¹⁰⁰ Cette obligation vise non seulement l'hébergé principal mais également tout autre internaute qui contribuerait au contenu, par exemple, via un commentaire sur un blog.

¹⁰¹ Propositions de l'ASIC à la Commission « Prestataires de l'internet » du CSPLA , p.2

retenu un manquement de ce prestataire à son obligation de conserver des données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création de contenu des services. Les juges ont considéré que « *“l'espace profil de l'utilisateur” que produit Google Inc., ne permet à l'éditeur non professionnel de satisfaire à son obligation d'identification que lorsqu'il use de la simple faculté qui lui est offerte de donner son identité* » et « *qu'il ne **permet pas à cet hébergeur de satisfaire pleinement aux siennes, dès lors qu'il n'impose pas cette fourniture d'identité par l'éditeur et, donc, sa détention par l'hébergeur*** ».

Selon certains membres de la commission, la Cour aurait ainsi opéré une véritable fusion entre les deux obligations, pourtant distinctes, de l'article 6.II de la loi, à savoir d'une part l'obligation de conservation de données de tout contributeur par le prestataire (alinéa 1^{er} – dont le décret d'application n'était toujours pas paru), et d'autre part, l'obligation d'auto-identification pesant sur l'hébergé (article 6.III), pour laquelle l'hébergeur ne se voit imposer qu'une obligation de fourniture d'un moyen technique permettant à l'hébergé de s'identifier (mécanisme purement déclaratif).

En outre, dans cette affaire, l'hébergeur avait pourtant fourni une adresse IP de celui qui proposait le contenu mais, selon la Cour, « *l'adresse IP, si elle constitue une donnée personnelle, ne permet d'identifier qu'un ordinateur* » de telle sorte que « *la société Google Inc. ne pouvait se contenter de fournir (...) une adresse IP en les renvoyant au fournisseur d'accès du blog litigieux pour obtenir l'identité de l'auteur (...), alors qu'en qualité d'hébergeur, elle devait disposer (...) des éléments d'identité qui lui étaient demandés* ».

L'adresse IP serait donc bien, selon cette décision, une donnée personnelle... qui ne permettrait cependant pas d'identifier directement l'hébergeur¹⁰³ ! 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'identité¹⁰⁴ de l'hébergé.

De l'avis de certains participants à la commission, cette solution isolée soulèverait plus de questions qu'elle n'apporterait de réponses. En particulier, elle n'indique pas quelle autre information plus fiable que l'adresse IP pourrait être fournie par un hébergeur en cas de demande légale, puisque seule cette information échappe au contrôle de l'hébergé (le reste des informations étant purement déclaratives et l'hébergeur ne disposant d'aucun moyen effectif de les vérifier).

b) Une obligation pouvant s'étendre à toutes les activités d'une personne qui se présente comme un hébergeur

Dans une autre affaire, la même Cour a imposé cette obligation à un prestataire technique dont elle venait pourtant de rejeter la qualification d'hébergeur pour l'activité en cause.

Ainsi, comme cela a été vu¹⁰⁵, la Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 7 juin 2006, considéré que le fournisseur d'hébergement Tiscali devait assumer la qualité d'éditeur (et non celle d'hébergeur) lorsqu'il propose aux internautes un hébergement restreint à une seule partie de son site web (www.chez.tiscali.fr). Mais parallèlement à cette requalification qui imposait au prestataire d'assumer pleinement le caractère contrefaisant du contenu

¹⁰² CA Paris, 14^e ch., sect. A., Sté Google Inc. c/ Sté Benetton Group et a.

¹⁰³ 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* ».

¹⁰⁴ Certains préfèrent parler d'identification.

¹⁰⁵ Affaire « Tiscali Media c/ Dargaud Lombard », précitée

accessible, les juges ont condamné le prestataire parce qu'il n'avait pas vérifié les informations recueillies¹⁰⁶.

Cette jurisprudence peut paraître incohérente en ce qu'elle applique cumulativement deux régimes distincts à une même activité. Elle est cependant intéressante en ce que, d'une part, elle montre l'attachement des juges au souci de pouvoir identifier la personne qui est l'origine du contenu et, d'autre part, en ce qu'elle impose au prestataire technique un devoir de vérification des informations lorsque ces dernières apparaissent comme étant fantaisistes¹⁰⁷.

La construction, cohérente dans sa logique générale, est donc parfois délicate à mettre en œuvre. Pourtant cette complexité semble niée par les juges puisque ces derniers parviennent à imposer¹⁰⁸ le principe alors même que le décret attendu pour son application n'a pas encore été pris¹⁰⁹.

La difficulté pourrait pourtant paraître plus importante encore si l'on observe que la règle a été adoptée en contemplation d'hébergeurs au sens classique, peu en contact direct avec le public. Comment, en effet s'assurer de sa parfaite mise en œuvre lorsque les œuvres ou éléments protégés sont « postés » par une multitude d'internautes ?

La LCEN procède en effet à une distinction entre les personnes « dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne » et celles « éditant à titre non professionnel » un service de même nature.

Si les premières (« professionnels »), doivent mettre à disposition du public certaines informations permettant de les identifier comme le nom de la personne morale, le numéro de RCS, leur siège social, leur adresse ainsi que le nom du directeur de la publication (article 6-III,1° de la LCEN), les éditeurs « non professionnels » ne doivent transmettre les informations permettant de les identifier qu'à leur seul hébergeur, lui-même soumis au secret professionnel vis-à-vis des tiers, sauf à l'égard de l'autorité judiciaire (article 6-III, 2° de la LCEN¹¹⁰).

Il faudrait en conclure - ce que regrettent les ayants droit - qu'il n'est pas possible à un ayant droit d'obtenir directement de l'hébergeur les coordonnées du contrevenant, sauf dans le cadre d'un recours à l'autorité judiciaire ? Inversement, imagine-t-on la masse d'informations

¹⁰⁶ L'affaire a été tranchée sous l'empire de la loi du 1^{er} Août 2000, c'est-à-dire par application de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 qui, en sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000, disposait que :

« Les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création de contenus des services dont elles sont prestataires ».

¹⁰⁷ « Mais considérant que les coordonnées fantaisistes d'identification déclarées telles que Nom : Bande, Prénom : Dessinée ou encore Adresse : rue de la BD auraient du manifestement attirer l'attention de la société appelante ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments que le tribunal a justement retenu que, en manquant à l'obligation légale mise à sa charge par les dispositions précitées, la société Tiscali Media a commis une négligence, au sens de l'article 1383 du code civil, et, dès lors, engagé sa responsabilité délictuelle puisque une telle négligence est constitutive d'une faute qui est en lien direct avec le préjudice subi par les sociétés Dargaud Lombard et Lucky Comics, de sorte que, de ce chef, le jugement déféré sera confirmé ».

¹⁰⁸ « Considérant, en effet, que la société Tiscali Media ne saurait, en premier lieu, prétendre que le décret en conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, serait indispensable pour préciser le contenu des données qui doit être conservé, dès lors que ce décret ne constitue pas une condition nécessaire à l'application immédiate de la loi dans la mesure où la notion d'identification renvoie nécessairement et à minima, pour une personne physique à ses nom, prénom et adresse et pour une personne morale à ses raison sociale, forme, siège social et à la personne de son représentant légal, alors que, au surplus, il convient, en l'espèce, de relever que les données mentionnées, telles que précédemment rappelées, présentaient un caractère manifestement fantaisiste ne permettant pas l'identification de la personne déclarée ».

¹⁰⁹ Le décret du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données électroniques ne vise en effet que les fournisseurs d'accès. Ce texte réglementaire n'a d'ailleurs pas été adopté en application de l'article 6 II LCEN mais en application de l'article L.34-1 du Code des Postes et Communications électroniques.

¹¹⁰ Aux termes de cet article, « Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné au 2 du I, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1 ».

à recueillir et conserver... et vérifier (?) en présence d'une multitude de « post » en matière de sites contributifs¹¹¹.

Satisfaisante dans son principe, indispensable par rapport à l'économie générale de la construction, l'obligation d'identification montre, dans de telles hypothèses de mise en œuvre, que le statut d'hébergeur n'avait sans doute pas été conçu à l'origine pour des situations où l'hébergement concerne des services ou des contenus dans les conditions de nombre, d'interactivité et de granularité que l'on observe aujourd'hui du fait des nouveaux services de communication et d'échange qui se développent sur le réseau¹¹².

Pourtant il n'est pas concevable que l'admission de la qualification du prestataire querellé en « hébergeur » puisse s'accompagner d'un amoindrissement de l'obligation qui sert de clé de voute à toute la construction. Bien au contraire. Il suffit, ici de renvoyer au rapport précité de M. Dionis du Séjour¹¹³, selon lequel « *l'exonération de responsabilité de l'hébergeur repose sur les moyens qu'il offre pour permettre le transfert de cette responsabilité aux éditeurs* ».

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**. S'exposant non seulement aux sanctions qui accompagnent une mauvaise exécution de cette obligation (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 illicite¹¹⁴.

II.3.2.3. Responsabilité du fait du caractère illicite du contenu hébergé

La directive du 8 juin 2000 a entendu limiter les hypothèses dans lesquelles l'hébergeur pourrait être tenu responsable du caractère illicite du contenu hébergé.

L'article 14 (« Hébergement ») de la directive prévoit ainsi :

« 1. Les Etats 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 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.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

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 ».

¹¹¹ La même problématique existe naturellement à propos de plates-formes de commerce électronique.

¹¹² L'activité d'hébergement a longtemps été cantonnée à la réalisation de sites (Web ou FTP principalement) destinés à la mise en ligne de contenus, chaque site ayant un responsable unique et une relation contractuelle avec l'hébergeur. La lourdeur éventuelle de procédures d'identification présentait donc moins d'inconvénients. Il en va différemment lorsque l'hébergement concerne des contributions multiples et indépendantes, dans des conditions d'interactivité accrue.

¹¹³ Rapport précité, p.19

¹¹⁴ Ibidem

Les considérants 45 et suivants précisent que :

« (45) Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible.

(46) Afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire d'un service de la société de l'information consistant dans le stockage d'informations doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible.

(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, 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 ».

Ces solutions ont été transposées par le législateur français par la loi pour la confiance dans l'économie numérique et trouvent leur siège aux articles 6-1,2° & 6-1,3°.

L'article 6-1,2° de la LCEN dispose que les personnes qualifiées d'hébergeur en vue de leur activité "*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.*"

S'agissant de leur responsabilité pénale, l'article 6-1,3° 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.* »

Enfin, l'article L332-1 CPI dispose :

« *Si la saisie doit avoir pour effet de retarder ou de suspendre des représentations ou des exécutions publiques en cours ou déjà annoncées, une autorisation spéciale doit être obtenue du président du tribunal de grande instance, par ordonnance rendue sur requête. Le président du tribunal de grande instance peut également, dans la même forme, ordonner :*
(...)

4° *La suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès. Le délai dans lequel la mainlevée ou le cantonnement des effets de cette mesure peuvent être demandés par le défendeur est fixé par voie réglementaire* ».

La construction, dans ses grandes lignes reprend l'architecture qui avait été auparavant proposée par les autorités communautaires (communication sur « *le contenu illégal et préjudiciable sur Internet* » du 16 octobre 1996 (COM(96)487, 16 oct. 1996) et une partie de la doctrine¹¹⁵. L'idée 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. **Ainsi 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* »¹¹⁶.**

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 (a)?
- Sur quoi la connaissance doit-elle porter ? Simple connaissance des faits ou connaissance du caractère illicite de ces faits (b) ?
- Que doit-il faire une fois cette connaissance réputée acquise (c)?

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.

Certains se déclarent toutefois satisfaits. Ainsi pour l'ASIC¹¹⁷ :

« 2 – Les personnes définies à l'article 6.1.2 de la LCEN peuvent voir leur responsabilité engagée si, ayant connaissance du caractère illicite d'un contenu ou d'une activité, ils n'ont pas pris les mesures destinées à faire cesser le trouble. En conséquence, dès lors qu'un acteur de l'internet communautaire est valablement informé soit qu'il existe un contenu illicite sur son service, soit qu'il existe une activité illicite sur son service, il pourra voir sa responsabilité être engagée à défaut de réaction de sa part. A ce titre, les juridictions parisiennes ont largement fait évoluer ces notions dans un sens favorable aux ayants droit puisque l'hébergeur se voit également contraint d'empêcher toute nouvelle mise en ligne sur son service du contenu litigieux ».

¹¹⁵ Voir par exemple, Michel Vivant : La responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet, JCP G 1999, I, doct., p. 180

¹¹⁶ Michel Vivant, op. cit.

¹¹⁷ Propositions de l'ASIC à la Commission « Prestataires de l'internet » du CSPLA, p.2

Pour autant, aucun ayant droit n'a, pendant les travaux de cette commission, manifesté de réel enthousiasme à l'égard de la mise en œuvre judiciaire du statut d'hébergeur.

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

Un point résulte du droit en vigueur : les hébergeurs ne sont pas tenus d'une obligation de surveillance¹¹⁸. Ne pèse normalement pas sur eux le devoir de rechercher, d'eux-mêmes, l'existence de contenus contrefaisants (mais les tribunaux admettent l'existence d'une obligation particulière de surveillance¹¹⁹).

Reste qu'une décision de justice (TGI Paris du 13 juillet 2007, Nord Ouest Production c/ Dailymotion) a pu estimer que « *si la loi n'impose pas aux prestataires techniques une obligation générale de rechercher les faits ou circonstances révélant des activités illicites, cette limite ne trouve pas à s'appliquer lorsque lesdites activités sont générées ou induites par le prestataire lui-même* ». Prenant appui sur « *la vocation de l'architecture et les moyens techniques mis en place par la société Dailymotion* », le tribunal conclut que « *la société Dailymotion doit être considérée comme ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant penser que des vidéos illicites sont mises en ligne ; qu'il lui appartient donc d'en assumer la responsabilité, sans pouvoir rejeter la faute sur les seuls utilisateurs, dès lors qu'elle leur a fourni délibérément les moyens de la commettre* ». ¹²⁰

On mesure que si le raisonnement paraît respecter le principe d'une responsabilité *a posteriori* (de par la référence faite à l'élément de connaissance), la solution effectivement retenue n'est pas très différente de celle qui aurait été admise dans l'hypothèse d'une qualification de l'activité du site communautaire en « édition ».

Hors ces hypothèses (non marginales si l'on tient compte du fait que les juges paraissent s'être attachés à la nature même de l'activité du site, liée à l'exploitation de contenus protégés) quand est-il possible de considérer l'exigence de connaissance acquise ?

L'article 14 de la directive envisage aussi bien la « connaissance de l'activité ou de l'information illicites » que (pour ce qui concerne une demande en dommages et intérêts), « la connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente », ce que la loi française reprend à l'article 6-I,2° de la LCEN qui envisage, également, aussi bien la connaissance du caractère illicite des activités ou des informations stockées que celle « de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ».

La directive n'a pas prévu d'imposer de système de notification¹²¹ alors même que le DMCA américain a retenu une procédure de « *notice and take down* ». La loi française de transposition a cependant envisagé à l'article 6-I,5° de la LCEN une procédure de notification¹²², qui, à l'inverse du système américain, ne contraint pas au retrait immédiat du

¹¹⁸ 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 ».

¹¹⁹ Ce que les textes autorisent, Voir note précédente et *infra*

¹²⁰ Dailymotion et YouTube ont fait observer que cette décision a été rendue alors que les dispositifs de filtrage (fingerprinting) aujourd'hui mis en œuvre par leurs plates-formes n'étaient pas encore déployés.

¹²¹ Selon le rapport sur l'application de la directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 précité (§4.7) : « *Au moment où la directive a été adoptée, il avait été décidé que celle-ci ne réglementerait pas les procédures de notification et de retrait. L'article 16 et le considérant 40 encouragent plutôt expressément l'auto-réglementation dans ce domaine. Les États membres ont également suivi cette approche lorsqu'ils ont transposé la directive dans leur droit national* ».

¹²² La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les hébergeurs « lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants : – la date de la notification ; – si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; – si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe

contenu litigieux. **Cette procédure française, moins radicale, ne doit être regardée que comme un moyen parmi d'autres**¹²³ pour apporter la preuve de la connaissance du fait illicite. Non seulement la lecture des travaux préparatoires¹²⁴ conduit à cette conclusion mais encore faut-il observer que les pays qui, comme la Finlande, ont cru pouvoir imposer la notification comme procédé obligatoire n'ont pas vu leur initiative admise par les autorités communautaires¹²⁵ qui ont jugé que le caractère contraignant de la procédure était incompatible avec la directive.

Mais bien qu'il ne s'agisse que d'une voie parmi d'autres, la notification est dans l'esprit de beaucoup la façon de procéder à privilégier dans la mesure où les juges estiment que des démarches imprécises ne peuvent être retenues. Vraisemblablement parce que la violation des droits de propriété intellectuelle n'apparaît pas toujours comme étant manifeste.

Or, on sait, que, dans une de ses réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel a précisé (décision du 10 juin 2004¹²⁶), que les dispositions 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* ». Cette caractéristique est présentée par certains comme devant être réservée aux contenus dits « odieux » portant atteinte à la personne : crimes contre l'Humanité, incitation à la haine, pornographie enfantine, auxquels ont été ajoutées par une loi ultérieure l'incitation à la violence et les atteintes à la dignité humaine¹²⁷. Néanmoins, la référence aux contenus odieux ne figure pas dans la décision du Conseil constitutionnel et certaines décisions de justice ont estimé que le caractère manifestement illicite pouvait s'apprécier par rapport à des infractions d'une autre nature que celles visées à l'article 6-I,7° de la LCEN¹²⁸.

Quoi qu'il en soit, les ayants droit font valoir que la mise en œuvre systématique de la procédure de notification fait peser sur eux une charge qui excède ce que l'on est raisonnablement en droit d'attendre de quelqu'un qui entend faire respecter ses droits. Mettre en œuvre la notification pour toutes les œuvres « postées » mobilise de lourdes équipes faisant supporter aux ayants droit d'importantes dépenses. Ces démarches s'imposent-elles réellement lorsque l'on retrouve des œuvres assorties du logo des ayants droit ou des éléments dont une connaissance rudimentaire du milieu permet de penser qu'ils sont couverts par une exclusivité appartenant à autrui ? Les prestataires soulignent, quant à eux, que la connaissance de tels indices implique d'abord la connaissance de chacun des contenus mis en ligne ce qui est contraire à la simple logique d'hébergement.

Le constat de ce poids trop important de la procédure de notification a été fait tant par la doctrine spécialisée¹²⁹ que par des parlementaires. Ainsi, M. Dionis du Séjour¹³⁰, écrit dans son rapport :

« Dans ces conditions, le dispositif de notification est à la fois le seul possible, l'hébergeur ne pouvant savoir a priori si la publication du contenu est illicite ou non,

qui la représente légalement ; – les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ; – la description des faits litigieux et leur localisation précise ; – les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré ».

¹²³ Sur la question, voir Lionel Thoumyre, « l'art et la manière de notifier l'hébergeur 2.0 » comm comm. Electr., 2008, études, 5

¹²⁴ Voir en sens, les travaux parlementaires de la LCEN, P.Martin-Lalande, AN, 2^e séance, 26 février 2003 : J.O 27 février 2003.

¹²⁵ Observations formelles de la Commission dans le cadre de la notification 2001/161/FIN.

¹²⁶ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2004, n° 2004-496, JO, 22 juin 2004.

¹²⁷ Les hébergeurs ont également l'obligation, d'une part, « d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services », et, d'autre part, « de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites. »

¹²⁸ Et pour lesquelles la loi prévoit qu'ils doivent « mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données ».

¹²⁹ Voir, par exemple, Luc Grynbaum "LCEN. Une immunité relative des prestataires de service Internet" Comm. Comm. Elec n°9 sept. 2004, étude 28

¹³⁰ Rapport précité p.30-31

et peu satisfaisant puisque, pour que la notification soit rapide, il faudrait que les ayants droit passent leurs journées à vérifier que les contenus qui les intéressent ne se trouvent pas publiés sur le Net hors de leur propre contrôle et sans payer de droits.

Dans la mesure où ce sont ces contenus, et non les contenus odieux, qui font l'objet de l'essentiel du contentieux, les rapporteurs ont aussi demandé aux hébergeurs quelle politique ils menaient.

La première question concerne le nombre de demandes dont ils sont saisis. À l'étonnement des rapporteurs, aucun chiffre ne leur a été fourni, par personne.

Les rapporteurs en ont légitimement conclu que la protection des contenus n'était peut-être pas la priorité de l'action des hébergeurs ».

Peut-être le recours à la technique (par les systèmes de notification électronique et a fortiori par les systèmes d'empreintes permettant un blocage préventif¹³¹) simplifiera-t-il les choses à l'avenir mais force est également de constater que ce système n'apportera de solutions que pour certaines catégories d'œuvres ou éléments protégés ou certains types d'utilisation.

On mesure ainsi, même si ce point de vue n'est pas partagé par certains prestataires membres de la commission, que le système mis en place par la directive et la LCEN n'est pas parfaitement adapté à la réalité des sites contributifs. Sans doute faudrait-il songer à une évolution des règles ou pratiques.

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

Dans la mesure où le caractère illicite du contenu n'est pas toujours manifeste, il ne suffit pas à l'hébergeur d'être averti de la présence d'un contenu proclamé contrefaisant pour que le prestataire technique estime sa religion faite sur la question.

Autrement dit, il ne faudrait pas confondre la connaissance de la présence du contenu avec celle de l'illicéité de ce même contenu.

Le système mis en place par la loi exige donc, pour que la responsabilité puisse être engagée en cas d'inertie, que l'hébergeur soit dûment informé sur ces deux aspects.

C'est le cumul de ces exigences qui rend la procédure de notification assez minutieuse même si le formalisme n'est pas officiellement nécessaire.

La distinction répond à une certaine logique et il convient d'éviter les initiatives intempestives ou non fondées de la part des ayants droit. Ou encore celles qui ne viseraient que des intentions malicieuses et seraient uniquement destinées à gêner les hébergeurs ou les éditeurs de service de communication au public en ligne.

Pour autant, il ne faudrait pas que puisse être pris prétexte d'un éventuel doute¹³² pour justifier une totale inertie ou une attitude dilatoire. Et cela pour au moins deux raisons.

- D'abord, parce que le législateur français ayant innové par rapport au texte communautaire en retenant la procédure de notification, il a été adopté (art. 6-I,4° de la LCEN), pour éviter les éventuelles démarches malicieuses, un nouveau **délit dit de « dénonciation abusive »**. Ainsi « *Le fait, pour toute personne, de présenter aux [hébergeurs] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir*

¹³¹ Voir infra p.70

¹³² Pour un exemple de pouvoir d'appréciation du caractère illégitime du contenu par l'hébergeur, voir, Paris, 14^e ch., 12 décembre 2007, Google c/ Benetton.

le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

- Ensuite, parce que le système mis en place est victime du caractère ouvertement transversal de la directive. Le régime adopté doit être applicable à toutes les questions de droits traitées par la directive là où le législateur américain a pu adopter un système spécifique, propre au droit d'auteur (DMCA). Or, **la marge d'appréciation relative à la contrefaçon ne paraît pas devoir être la même que celle ayant trait, par exemple, à l'injure ou la diffamation.** La présence de sociétés de gestion collective, assistées d'agents assermentés, devrait être de nature à lever bien souvent le doute.

Ce sont sans doute ces observations qui expliquent les évolutions jurisprudentielles introduisant, en matière de propriété intellectuelle, **une certaine souplesse dans l'appréciation du caractère illicite.**

Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal de grande instance de Paris a pu estimer, dans son jugement du 15 avril 2008 (Lafesse / Dailymotion), que « *les obligations de l'hébergeur telles que prévues dans le cadre de la loi LCEN lui impose d'apprécier le caractère manifestement illicite des vidéos mises en ligne par ses abonnés, au regard des documents versés par les personnes qui se prétendent victimes de contrefaçon ; contrairement au tribunal qui ne peut se fonder sur une vraisemblance de titularité des droits pour apprécier des actes de contrefaçon et prononcer une éventuelle condamnation, les hébergeurs doivent devant la vraisemblance des actes de contrefaçon et la vraisemblance de titularité des droits résultant éventuellement des mentions portées sur les supports de diffusions des œuvres communiquées, apprécier le caractère illicite des contenus mis en ligne.* » Pour conclure que les hébergeurs « *ne peuvent se contenter d'attendre une éventuelle décision de justice et (...) doivent dès lors agir promptement pour faire cesser cette atteinte sur la seule base du caractère vraisemblable de la contrefaçon.* »¹³³.

En conclusion, le système adopté par la LCEN vise à aider tant les hébergeurs que les personnes qui se plaignent d'un contenu illicite. Du point de la vue de la grande majorité des membres de la commission, il paraît cependant **inadapté, par sa lourdeur et sa lenteur, en présence de sites contributifs accueillant notamment des œuvres ou éléments protégés.** Pour cette raison, il serait heureux que le mouvement de simplification ou de fluidification soit poursuivi.

De façon plus radicale, dans l'optique d'une démarche législative, la question doit se poser de l'adoption d'une éventuelle procédure de « notice and take down ».

Pourquoi, en matière de propriété intellectuelle, laisser une marge d'appréciation à l'hébergeur, avant de décider du retrait, alors que :

- il existe des personnes à la compétence incontestée pour affirmer le caractère illicite de l'œuvre hébergée ;
- il existe un délit de « dénonciation abusive » pour sanctionner les démarches infondées.

¹³³ Voir aussi, hors champ du droit d'auteur, Paris 6 décembre 2006 (Lycos France) : « *même s'il est reconnu à l'hébergeur une marge d'appréciation dans l'interprétation de la licéité des données qu'un particulier lui dénonce, des propos portant de façon évidente atteinte à l'intimité de la vie privée, même s'ils sont étrangers à l'apologie de crimes contre l'Humanité, à l'incitation à la haine raciale et à la pornographie enfantine et même en l'absence de décision de justice, sont manifestement illicites et l'hébergeur doit en conséquence les retirer ou en rendre l'accès impossible sans que cela n'ait à être requis par une décision de justice* »

Dans cette optique, peut-être conviendrait-il de transformer le texte de l'article 6-I, 4° de la LCEN en étendant les hypothèses de responsabilité pour dénonciation abusive à toute notification apparaissant *a posteriori* infondée¹³⁴.

La construction demeurerait équilibrée, ménageant les intérêts des hébergeurs et des hébergés, d'une part, et des ayants droits, d'autre part. Par rapport à la situation actuelle, elle entraînerait une obligation de retrait dès la notification, mais serait susceptible d'engager la responsabilité du notifiant chaque fois que cette dernière se révélerait infondée, quelle que soit la cause de l'erreur du notifiant¹³⁵.

c) Que doit faire l'hébergeur une fois cette connaissance réputée acquise ?

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, 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 (TGI de Toulouse¹³⁶) il a été exigé du prestataire qu'il agisse dans la journée où cette connaissance était réputée acquise.

Ainsi un prestataire qui hébergeait un site sur lequel étaient rendues accessibles des écoutes téléphoniques tirées d'un dossier d'instruction et donnant des informations confidentielles sur la vie privée d'une personne¹³⁷, et qui, averti du contenu illicite du site litigieux par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 7 février 2008, distribuée le 8 février 2008 a vu sa responsabilité engagée au motif que la cessation du trouble aurait dû intervenir au plus tard à cette dernière date. Il n'est même pas loisible au prestataire de justifier son retard (cessation de la diffusion le 12 février, soit après le week end) par l'inertie de la société qui assure sa propre domiciliation ou l'erreur matérielle commise dans le nom de domaine du site (.fr au lieu de .com), dans le courrier signalant le contenu illicite¹³⁸.

¹³⁴ Le texte actuel n'envisage la responsabilité que lorsque le notifiant sait la notification inexacte.

¹³⁵ La procédure américaine de « notice and take down » assortit ainsi son exercice d'une série de garanties destinées à empêcher les initiatives intempestives de nature à gêner les activités des prestataires... ou des hébergés.

¹³⁶ Tribunal de grande instance de Toulouse Ordonnance de référé 13 mars 2008 Krim K. / Pierre G., Amen

¹³⁷ « Attendu pour le surplus en ce qui concerne la situation de la société Amen que s'il est exact que la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique pose en son article 6-I-2 le principe de l'irresponsabilité de l'hébergeur quant au contenu des sites hébergés, il en va différemment, selon le même article, lorsque, averti du contenu illicite d'un site, il n'en suspend pas "promptement" la diffusion ;

Attendu en l'espèce que le requérant a prévenu la société Amen du contenu illicite du site litigieux par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 7 février 2008, distribuée le 8 février 2008 ; que la société Amen ne saurait tirer argument de l'inertie de la société qui assure sa domiciliation pour justifier avoir attendu jusqu'au 12 février, selon elle, pour faire cesser la diffusion, cessation qui pour pouvoir être qualifiée de prompte aurait dû avoir lieu dès le 8 février ; que l'erreur matérielle commise dans la lettre du 7 février dans le nom de domaine du site (.fr au lieu de .com) n'apparaît pas de nature à avoir pu retarder notablement sa suppression ; qu'ainsi la société Amen a commis une faute propre, distincte de celle de Pierre G., qui rengage par provision dans la réparation solidaire du préjudice subi par le requérant ; qu'en cet état il n'y a pas lieu de statuer sur ses demandes reconventionnelles ou en garantie ».

¹³⁸ Voir, également, Paris, 14^e ch., 12 décembre 2007, Google c/ Benetton, précitée.

- 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 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 pratique du « Take Down Stay Down » consiste pour le prestataire à créer une empreinte numérique à partir d'un fichier contrefaisant audio ou vidéo 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 utilisateur¹³⁹.

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.

Ainsi, dans une affaire¹⁴⁰ où l'hébergeur faisait justement valoir qu'il avait promptement supprimé certains éléments contrefaisants chaque fois qu'il en avait été prévenu¹⁴¹, les juges ont malgré tout retenu la responsabilité du prestataire à propos de mise à disposition ultérieure d'œuvres alors même qu'aucune nouvelle notification n'avait été faite de la part de l'ayant droit¹⁴². Il n'était pas douteux que l'hébergeur se soit montré diligent à chaque avertissement de la part de l'ayant droit mais ce dernier, soucieux de rompre avec une spirale sans fin (notifications – retraits) à propos de la même création, exigeait en définitive que le prestataire, qui se présente comme hébergeur, cesse de se comporter comme un simple spectateur seulement réactif.

L'idée est donc que, pour une œuvre déterminée, plusieurs fois identifiée, signalée et retirée, l'hébergeur est définitivement prévenu et qu'il lui appartient de prendre des mesures afin d'empêcher tout nouveau « post ». Et cela, que l'acte de contrefaçon soit accompli par une seule et même personne, par différents internautes ou par le même qui use de pseudonymes ou a recours à des adresses IP différentes¹⁴³.

¹³⁹ Un dispositif de cette nature, utilisant la technologie Audible Magic (v. infra) a notamment été lancé en mai 2007 par MySpace (audition de Daniel Cooper, VP affaires Légales et Commerciales de Fox Interactive Media [MySpace Inc.], séance du 11 mars 2008).

¹⁴⁰ TGI Paris, 19 octobre 2007, Zadig Productions précitée.

¹⁴¹ Il soulignait ainsi « *que le premier lien incriminé lui a été dénoncé le 13 avril 2006 par les demandeurs et son accès supprimé dès le 15 avril 2006, que le second lien lui a été dénoncé le 17 avril 2006 et supprimé de l'index le 19 avril 2006, que le troisième lien a été dénoncé le 1er décembre 2006 et supprimé le même jour et que les fichiers dénoncés les 23 et 25 mai 2007 ont été supprimés le jour même* ».

¹⁴² « *Attendu cependant qu'il est constant que la société Google Inc a été informée dès le 13 avril 2006, par lettre de mise en demeure à elle adressée par le conseil de la société Zadig Productions, du caractère illicite de la diffusion sur son service Google Video du documentaire intitulé "Tranquility Bay"* ;

Qu'à compter de cette date, conformément aux dispositions sus-énoncées, il lui incombait de retirer le film en cause ou d'en rendre l'accès impossible ;

Que si l'on peut considérer qu'en procédant le 15 avril 2006 au retrait du fichier dénoncé, la défenderesse a agi promptement et, remplissant ainsi ses obligations d'hébergeur, ne peut voir sa responsabilité civile engagée de ce fait, elle ne saurait en revanche invoquer le bénéfice de l'article 6-1-2 de la loi du 21 juin 2001 s'agissant des mises en ligne postérieures survenues les 17 avril 2006, 1er décembre 2006 et 23 et 25 mai 2007 ;

Qu'en effet, informée du caractère illicite du contenu en cause par la première notification, il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion, ce qu'elle ne démontre pas avoir fait, le développement allégué de solutions techniques afin de prévenir et à tout le moins de limiter l'atteinte aux droits des tiers ayant manifestement été en l'espèce inopérant ».

¹⁴³ « *Que l'argumentation selon laquelle chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification doit être écartée dans la mesure où, si les diffusions successives sont imputables à des utilisateurs différents, leur contenu, et les droits de propriété intellectuelle y afférents, sont identiques* ».

Ainsi, dès l'instant qu'un titulaire de droits a signalé un contenu illicite dans une zone de stockage déterminée (URL) à un hébergeur, ce dernier se trouve dans l'obligation de surveiller toute nouvelle apparition de ce contenu, dans n'importe quelle zone de stockage. Le tribunal de commerce de Paris, dans une décision du 20 février 2008 a, de la sorte, interdit à la société Google, après une première notification, « *de communiquer au public et/ou de reproduire tout ou partie du Film « Le monde selon Bush » sur le site Google Vidéo France ou sur tout autre site* ».

Cette construction n'est pas jugée contraire aux solutions imposées tant par la directive du 8 juin 2000¹⁴⁴ que la LCEN¹⁴⁵. Ainsi, pour M. Dionis du Séjour¹⁴⁶, « *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* ».

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 assiste, dès lors, à une inversion du raisonnement. Le ressort du régime mis en place par le législateur étant la connaissance de l'illicéité de la situation, il faut considérer que l'hébergeur est, passée la première notification en règle, réputé savoir que telle ou telle œuvre protégée n'est pas mise librement en circulation par les ayants droit et que par voie de conséquence sa présence dans le site est irrégulière. Le plus remarquable est donc que cette jurisprudence ne postule pas seulement que l'œuvre est mise en circulation sans autorisation de l'ayant droit mais encore que l'hébergeur doit, de lui-même, déployer des moyens pour savoir si le contenu en cause est bien présent et s'il l'est, s'il n'a pas été mis en ligne par une personne autorisée. Pour éviter que sa responsabilité puisse être ainsi automatiquement engagée, il lui appartient de mettre en œuvre les moyens afin d'éviter que des fichiers reproduisant cette œuvre puissent être remis à la disposition des visiteurs du site.

Cette solution suppose donc que le prestataire surveille le contenu de son site contributif... sans pouvoir se réfugier derrière une difficulté, voire une impossibilité technique¹⁴⁷. De l'avis de M. Dionis du Séjour¹⁴⁸ : « *Nombre de jugements élargissant la responsabilité des*

¹⁴⁴ 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, 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* ».

¹⁴⁵ 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 ».

¹⁴⁶ Rapport précité, p. 31 - 32

¹⁴⁷ « *Attendu que les défenderesses ne peuvent donc faire valoir une quelconque impossibilité technique pour exercer cette surveillance, qu'elles ont développé dans leurs écritures et à la barre l'existence de moyens de plus en plus sophistiqués leur permettant d'identifier les contenus déclarés illicites, que ces moyens sont mis en œuvre pour éliminer les contenus à caractère pédophile, faisant l'apologie de crime contre l'humanité ou de l'incitation à la haine* ».

¹⁴⁸ Rapport précité, p.33

hébergeurs sont liés à l'idée que ceux-ci ne mettent pas, dans le domaine non pas cette fois des contenus odieux mais des contenus protégés, les moyens que leur puissance et leur technique leur permettraient de mettre ».

Il est vrai que **les moyens, notamment techniques**, de mettre en œuvre pareille obligation semblent exister aujourd'hui.

Ainsi, en France, l'Institut National de l'Audiovisuel (INA), dans le but de mieux assurer la protection de son important fonds d'archives de contenus audio et vidéo, a, depuis longtemps, entrepris des recherches afin de mettre sur pied un système performant de détection d'empreintes digitales vidéo. Le résultat de ces travaux est la solution de Fingerprinting vidéo « Signature » que l'INA utilise pour lui-même mais met également à la disposition d'opérateurs par le biais de licences. Le système est fondé sur des empreintes (petits codes informatiques, calculés à partir des images numérisées d'une séquence vidéo) représentatives du contenu. Les fichiers de signatures sont reproduits dans les sites de partage de telle sorte qu'il est possible de détecter, à l'entrée et par comparaison, en quelques secondes, les fichiers qui seraient indésirables. Le système est neutre et ne permet de filtrer les contenus qu'à partir d'indications fournies par les ayants droit (banque de signatures, références). De même, Audible Magic¹⁴⁹, qui se présente comme un tiers de confiance pour les ayants droit, offre des solutions allant de la reconnaissance des contenus à la mise en disposition d'une gamme variée de réponses. Audible Magic dispose aujourd'hui d'une base de données de 7,5 millions d'empreintes, fonds encore modeste qui ira en s'accroissant si les ayants droit participent à l'élaboration des empreintes des œuvres. Ces technologies de filtrage, utilisées notamment par Dailymotion ou MySpace, n'ont pas vocation à bloquer systématiquement les contenus dont les empreintes ont été reconnues car certains ayants droit peuvent souhaiter que leurs contenus apparaissent ; il appartient donc aux ayants droit de spécifier l'utilisation qui doit être faite de leurs contenus

Les sites communautaires développent eux-mêmes leur propre solution. Ainsi YouTube a, mis en place, postérieurement aux faits relatés dans l'espèce précitée, un système de reconnaissance vidéo développé par Google depuis 2006 qui permet, à partir d'empreintes numériques, d'identifier les vidéos composées partiellement ou totalement de contenus protégés quand bien même certains contenus auraient été substantiellement modifiés (par exemple une émission filmée à partir d'une caméra intégrée à un téléphone). L'ayant-droit définissant, lors de la mise en place de l'empreinte, l'action que le système accomplira après reconnaissance de l'œuvre au moment de la mise en ligne.

Reste que cette solution, pour intéressante qu'elle soit, est en l'état actuel **difficilement généralisable** en ce qu'elle n'est pas aisément transposable à tous les éléments protégés (quid des œuvres en elles-mêmes ?) ni à tous les usages de ceux-ci. Certains ayants droit ont notamment d'une part, fait observer que les systèmes d'empreintes ainsi décrits fonctionnent à partir de l'enregistrement de l'œuvre protégée et ne sont pas utilisables lorsque l'œuvre postée par l'internaute ne provient pas d'un enregistrement répertorié et reconnaissable ; ils ont, d'autre part souligné la lourdeur et le coût de la mise en place de tels systèmes au regard de l'ampleur du répertoire à protéger.

De plus, ces solutions techniques reposent sur **une volonté conjointe des acteurs** de s'en servir. En effet, seul l'ayant droit peut définir les règles accompagnant la détection, et notamment la définition du périmètre de ses droits (son, image, territoire géographique, etc.) afin de ne pas prévenir la mise en ligne ultérieure de contenus en tout ou partie similaires, par des personnes autorisées.

¹⁴⁹ On pourrait citer également BayTSP et Gracenote.

Certains prestataires ont présenté en séance des outils déployés par leurs soins qu'ils considèrent comme étant de nature à minimiser, pour les ayants droit, le coût et la lourdeur du travail de surveillance et de gestion de leurs contenus. Il s'agit, d'une part, d'un dispositif de recherche et d'alerte par mot clés qui permet aux ayants droit, en quelques clics, de rechercher mais également de recevoir automatiquement et de façon périodique une liste de vidéos nouvellement ajoutées sur la plate-forme et correspondant à leurs critères de recherche (par exemple: le titre d'une oeuvre). Il s'agit, d'autre part, d'un mécanisme en ligne qui permet non seulement de demander le retrait de toute vidéo ainsi trouvée qui porterait atteinte à une oeuvre du répertoire de l'ayant-droit, mais également d'en générer automatiquement une empreinte, ce qui permet ensuite à la plate-forme de reconnaître automatiquement d'autres copies de l'interprétation de l'oeuvre en cause.

En définitive, quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur la qualification à retenir à propos des sites contributifs, il convient d'observer que la situation actuelle n'est satisfaisante pour personne, qu'il s'agisse du statut qui ne recueille pas l'aval des ayants droit ou des obligations imposées aux prestataires qui demeurent imprécises.

Cette situation résulte, d'une part, de l'imprévisibilité, et donc de **l'insécurité juridique** que les incertitudes jurisprudentielles relatives à l'interprétation du donné légal génèrent ; elle découle, d'autre part, de l'application, dans la majorité des cas, d'**un régime juridique conçu pour des activités hébergement d'une certaine époque** et dont l'économie sied mal tant aux ayants droits qu'aux nouveaux prestataires.

En pratique, les ayants droit se retrouvent dans la situation inconfortable suivante.

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, 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 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 de la jurisprudence montre que le raisonnement judiciaire n'est pas plus satisfaisant.

Logiquement, le bénéfice du régime spécial d'irresponsabilité devrait conduire à l'examen de l'activité en cause en vue de l'admission (ou du refus) de la qualification d'hébergement. Le défendeur devrait alors démontrer en quoi l'activité en cause est bien une activité d'hébergement. Ce qui signifie, d'une part, mettre en avant les traits caractéristiques d'une telle activité et, d'autre part, rapporter ces traits à l'activité du site contributif en question.

Or l'analyse de la jurisprudence montre que tel n'est pas le raisonnement suivi. Les tribunaux paraissent adopter la démarche inverse consistant à savoir si l'activité déployée peut être qualifiée d' « édition ». Et, dans la négative, à retenir la qualification d'hébergement.

La démarche est d'autant plus étonnante que, d'une part, le concept d' « édition de contenu » est absent de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et que, d'autre part, procéder ainsi revient à prendre le problème à rebours. La seule vraie question qui se pose est celle de savoir si les conditions d'élection du régime exceptionnel sont remplies et non pas d'adopter ce dernier au motif qu'une autre qualification (au demeurant très imprécise et incertaine) ne pourrait l'être !

Enfin, on constate que la jurisprudence ne retient pas toujours les mêmes critères pour admettre ou refuser telle ou telle qualification. S'il n'est pas douteux que les situations envisagées puissent être très diverses, on ne voit cependant pas pourquoi le mode de raisonnement lui ne pourrait être intangible. Si un statut spécial existe, les conditions d'accès à ce statut doivent être solidement établies et appliquées de façon constante.

S'agissant du régime, il faut observer que **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.

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, 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 par la LCEN.**

Le rapporteur de cette loi peut ainsi écrire¹⁵⁰, quatre ans plus tard :

« En fait, il semble bien que, avec les Web 2.0, comme aussi dans le cas des sites de vente aux enchères, qu'on analysera plus bas, on arrive à la limite du statut d'hébergeur tel qu'il est défini par la LCEN. Un site exclusivement concerné à la vie privée d'une personne peut-il avoir pour seuls responsables la multiplicité des internautes qui y apportent commentaires, informations, liens... ?

Pour autant, il faut être clair. La LCEN a créé un statut d'hébergeur distinct de celui d'éditeur. Cette distinction ne doit pas être vidée de son sens par des décisions de justice.

*En revanche, l'évolution de l'action d'hébergement suppose de légiférer rapidement, voire de façon urgente, pour **fixer plus précisément les limites au sein desquelles le statut d'hébergeur, qui est un statut exonératoire de responsabilité, s'applique.** Autant la loi doit être appliquée, autant elle doit régir une réalité ».*

¹⁵⁰ Rapport précité p. 28

II.4. Le débat sur le régime de responsabilité des plates-formes de commerce électronique

Comme il a été expliqué lors de l'analyse économique¹⁵¹, les plates-formes de commerce en ligne sont des intermédiaires entre acheteurs et vendeurs qui, par leurs sites, offrent aux internautes une plate-forme technique leur permettant de rechercher, de vendre, et d'acheter tous types de produits et services.

A l'origine (il y a une dizaine d'années), ces marchés virtuels sont nés de l'idée de proposer via l'Internet un site qui permettrait de réaliser des opérations de « vide-grenier »¹⁵², consistant à permettre à un internaute la vente d'un objet dont il n'a plus l'utilité. Le vendeur de l'objet inutile ou indésirable n'étant pas un professionnel, la plate-forme l'aide dans sa démarche jusqu'à ce que le bien soit proposé à des acheteurs éventuels qui enchériront afin de pouvoir l'acquérir, le règlement des sommes dues se faisant également par l'intermédiaire de la plate-forme.

Toutefois, si le phénomène a connu rapidement un succès planétaire, la simplicité du concept originel masque une grande diversité des situations puisque :

- un même opérateur fait des choses bien différentes, connaissant une diversité d'activités et remplissant une pluralité de rôles ;
- toutes les entreprises intervenant dans ce domaine ne proposent pas les mêmes services et ne déploient pas les mêmes moyens.

Tous les prestataires reconnaissent qu'ils proposent **une pluralité de services** aux personnes ayant recours à leur plate-forme (par exemple, aide à la rédaction, mise en page, conseils généraux ou personnalisés, suggestions de recherches et recherches associées, outils mis à disposition des utilisateurs, aide au paiement, règlement des litiges, ...) - mais ces fonctions ne sont considérées par certaines d'entre elles que comme accessoires de l'activité, selon elles principale, de l'hébergement¹⁵³.

Le directeur général France d'eBay a déclaré publiquement que « eBay est **une plate-forme de marché complexe** »¹⁵⁴.

La plate-forme est en outre de **plus de plus en plus ouverte aux professionnels**. De fait, eBay a toujours communiqué sur la possibilité pour des professionnels d'utiliser le site ; le site www.ebay.fr indique d'ailleurs que « Vous aussi utilisez eBay aussi bien pour débarrasser votre garage, vendre vos doublons que pour lancer votre entreprise ». En outre, selon eBay¹⁵⁵, le développement de la plate-forme aurait permis, depuis sa création en 2000,

¹⁵¹ Cf. supra p.19

¹⁵² Pour exemple, voir à l'adresse suivante (<http://pages.ebay.fr/education/debuter-sur-eBay.html>), la présentation proposée par la société eBay

« 1. Qu'est-ce qu'eBay ?

Lancé en 1995 par Pierre Omidyar, un américain d'origine française, eBay permet à des millions d'acheteurs et de vendeurs d'acheter et de vendre n'importe quel objet à travers le monde. D'abord site de collectionneurs, eBay est devenu aujourd'hui un site où tout s'achète et tout se vend, des pièces rares de collectionneurs avertis aux objets neufs de professionnels.» (...)

« 3. Pourquoi acheter sur eBay ?

Sur eBay, vous pouvez acheter n'importe quel objet à des prix très intéressants. Que vous recherchiez le dernier lecteur MP3, une antiquité du XIXème siècle, un jouet pour compléter votre collection ou une voiture neuve, eBay est l'endroit rêvé ! Vous pouvez poser une enchère et attendre la fin de la vente pour savoir si vous êtes le meilleur enchérisseur ou décider d'acheter l'objet immédiatement au prix affiché par le vendeur en Achat immédiat ».

« 4. Pourquoi vendre sur eBay ?

Qui n'a jamais souhaité se défaire d'un objet tout en gagnant de l'argent ? Un téléphone mobile se vend toutes les 4 minutes sur eBay, un DVD toutes les minutes et une carte postale toutes les 45 secondes. Vous aussi utilisez eBay aussi bien pour débarrasser votre garage, vendre vos doublons que pour lancer votre entreprise. »

¹⁵³ cf. infra p.78

¹⁵⁴ 13e forum européen de la propriété intellectuelle, 15-16 avril 2008, organisé par l'UNIFAB, l'INPI et l'OPSEC

¹⁵⁵ cf. supra p.19

à 35 000 entrepreneurs de créer leur entreprise ; environ 20 000 emplois auraient été créés en France, en dehors d'eBay. eBay rappelle à cet égard que les opportunités offertes par le développement du commerce électronique en termes d'emploi, notamment dans les petites et moyennes entreprises, ont été au cœur des préoccupations des auteurs de la directive du 8 juin 2000¹⁵⁶, de sorte que l'analyse juridique ne peut ignorer ces objectifs économiques.

Toutefois, le succès de ces plates-formes a également conduit à l'**essor d'activités illicites** puisque nombre d'internautes indécents (ou d'entreprises organisées mais camouflées sous des pseudonymes) usent de ce canal pour en faire un des vecteurs principaux de l'écoulement d'objets contrefaisants.

Le phénomène est devenu si important que les diverses autorités nationales s'en sont inquiétées et que la grande presse s'en en fait l'écho encore récemment¹⁵⁷. Les ayants droit ont sollicité les plates-formes afin qu'il soit mis un terme à ces activités illicites. Dans une optique d'auto-régulation, eBay a ainsi mis en place un certain nombre de mesures ayant pour objet de lutter contre le para-commercialisme sur sa plate-forme telles que notamment (i) la restriction du programme « powersellers »¹⁵⁸ aux vendeurs déclarés comme professionnels, (ii) l'affichage des coordonnées de vendeurs professionnels sur chacune des annonces, (iii) le blocage des vendeurs particuliers au-delà d'un seuil de chiffre d'affaires de 2000 euros par mois pendant trois mois consécutifs. Par ailleurs, l'ensemble des plates-formes de commerce électronique négocient actuellement, dans le cadre de la fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD), l'adoption de mesures de lutte contre le para-commercialisme.

De leur côté, des internautes, clients déçus de ces plates-formes n'hésitent pas à se plaindre sur la toile soit dans des blogs, soit à l'occasion de libres propos commentant certaines décisions de justice. Enfin la plupart des magazines féminins proposant « des bons plans » d'achat internet assortissent leurs articles d'avertissement systématique pour alerter leurs lectrices sur d'éventuels achats de contrefaçons. Les professionnels du médicament procèdent aussi par de telles alertes. Tout ceci contribuerait à entretenir un climat de défiance à terme nuisible au bon développement du e-commerce¹⁵⁹.

Pour la première fois la DG Taxud, la douane européenne, dans son rapport statistique pour 2007, publié en mai 2008, a comptabilisé comme telles les procédures rédigées à la suite de saisies pratiquées en fret express (environ 2 500 procès verbaux.), ajoutées à celles rédigées pour les saisies pratiquées en fret aérien (20 000) et par voie postale (8 000) on arrive au chiffre de 30 500 PV, pour un chiffre total de procédures de 43 000. Selon l'analyse de ce service, ces saisies intéressent des quantités de produits peu importantes, la plupart matérialisant des commandes via l'Internet. Leur augmentation significative cette année constitue un élément d'alerte pour ces services. Ce système d'entrée des contrefaçons sur le territoire européen complique considérablement le travail douanier qui doit se faire en concertation avec les représentants des transporteurs et en leur présence (eux aussi étant présumés irresponsables de ce qu'ils transportent). Pour les envois par lettre, il faut également composer avec le principe d'inviolabilité des correspondances. Ce système rend délicate l'intervention systématique des titulaires de droits pour suivre ces procédures par une plainte notamment pour des raisons de coût.

¹⁵⁶ Selon le 2^e considérant de la directive, « Le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet ».

¹⁵⁷ Selon Le Monde du 8 février 2008, « la plate-forme (eBay) a fait figure d'aubaine pour les faussaires, mauvais payeurs et autres contrefacteurs, trop heureux d'avoir accès à moindre risque à autant de victimes potentielles »

¹⁵⁸ Le programme distingue des « vendeurs exemplaires » bénéficiant « d'avantages spécifiques ».
<http://pages.ebay.fr/powerseller/>

¹⁵⁹ Cf. supra p.29 et note 60

La plupart des plates-formes affichent une volonté d'enrayer le phénomène de la contrefaçon. Toutefois leurs réactions aux démarches des ayants droit n'ont pas été uniformes.

Certaines des plates-formes se présentent comme de simples « intermédiaires techniques » s'abstenant de toute intervention lors du processus de vente en sorte que leur activité essentielle ne consisterait qu'en un stockage, pour mise à disposition du public, des offres de ventes de produits et de services.

Cette approche les conduit à qualifier leur activité de simple « hébergement » ce qui entrainerait à leur propos l'application des articles 6-1,2° et 6-1,3°, issus de la transposition de l'article 14 de la directive dont le régime a été étudié supra¹⁶⁰. Cette analyse est en tout ou partie rejetée par les ayants droit qui aspirent à voir reconnue la responsabilité de certaines plates-formes dans la contrefaçon.

Il convient donc de mieux cerner la réalité des activités des plates-formes en cause (1) avant d'envisager la problématique juridique (2).

II.4.1. Données pratiques

Dans un secteur en évolution constante, les données sont assez mouvantes. Nombre des plates-formes pionnières ont disparu. Certaines parce qu'elles ont été rachetées soit par des entreprises de vente à distance plus classiques soit par de « nouveaux entrants ».

Les plates-formes peuvent être généralistes (eBay, PriceMinister, Amazon MarketPlace ou Alapage) ou spécialisées dans un domaine plus précis sans que cela ne change fondamentalement l'analyse. **Les différences significatives et porteuses d'enjeux juridiques apparaissent davantage dans les activités¹⁶¹ exercées effectivement par l'intermédiaire lui-même ou dans les choix imposés par ce dernier à ses utilisateurs.**

Si toutes les plates-formes ont indiscutablement un point commun, l'activité de stockage sur leurs serveurs des offres créées par les utilisateurs, les services, outils, infrastructures, procédures qu'elles offrent varient considérablement.

Chaque plate-forme propose naturellement une fonctionnalité inhérente à son activité d'intermédiation. Celle-ci consiste à permettre à un utilisateur de saisir un titre, une description, d'ajouter des photographies, de mentionner un prix de vente, etc.

Mais au-delà de cette fonction, les plates-formes de commerce électronique peuvent offrir des outils ou des services différents. Certains concernent l'infrastructure de la plateforme, d'autres des fonctions d'intervention sur les contenus, d'autres enfin des garanties proposées aux différents acteurs (acheteurs comme vendeurs). A l'activité de stockage, s'ajoute en général :

- la fixation de règles de mise en vente et de conclusion des transactions ;
- le pré-remplissage de l'offre : grâce à un partenariat avec des éditeurs de bases de données, les plates-formes assistent l'utilisateur dans la saisie de son offre pour les produits courants (CD, DVD, Jeux vidéos, etc.). En l'espèce, l'utilisateur n'aura plus

¹⁶⁰ Cf. supra p 55 et s.

¹⁶¹ L'Union des Fabricants considère qu'il convient de parler de métiers.

qu'à saisir le code barre de son produit pour générer un modèle d'offre pré-rédigé, à indiquer le prix de vente et valider celle-ci pour une publication sur le site.

- la proposition par la plate-forme de catégories de produits où mettre en vente lesdits produits ;
- la mise en avant d'offres ou de vendeurs : moyennant le paiement de sommes supplémentaires, le vendeur aura la faculté sur certaines plates-formes de voir ses offres être mises en avant dans des espaces publicitaires dédiés. Sur d'autres plates-formes, cette mise en avant – généralement gratuite – s'opèrera par l'intermédiaire de l'envoi de mailings dédiés présentant une sélection d'offres d'utilisateurs de la plate-forme ;
- la réalisation d'actes de courtage consistant à mettre en relation l'acheteur et le vendeur, cette fonction pouvant aller jusqu'à :
 - o pour certaines plates-formes : une information régulière des parties sur chacune des étapes de la vente ;
 - o pour d'autres : une intervention de la plate-forme en sa qualité de mandataire du vendeur pour percevoir en son nom et pour son compte le montant de la vente directement auprès de l'acheteur.
- l'intervention de la plate-forme dans les litiges post-contractuels entre les acheteurs et les vendeurs au travers, notamment, de garanties et/ou d'assurances offertes aux utilisateurs en cas de litige ;
- la fourniture aux vendeurs de divers outils complémentaires : services de paiement, de téléphonie, conseils personnalisés pour optimiser les ventes ;
- la fourniture aux acheteurs de conseils personnalisés comme les objets les plus pertinents ou la suggestion d'achat d'autres objets en fonction du comportement de l'acheteur ;
- la recommandation d'un système de paiement particulier présenté comme sécurisé et impliquant dès lors qu'il y a été recouru en cas de difficultés un éventail particulier de garanties offertes par la plate forme elle-même à son client lésé (par une contrefaçon) ;
- l'existence d'une licence d'utilisation des contenus¹⁶² avant le dépôt d'un contenu.

Au-delà de ces fonctions, il apparaît également que la majorité de ces intermédiaires peut avoir des pratiques destinées à promouvoir leur activité et/ou leur marque par l'intermédiaire d'une réexploitation de contenus publiés par les internautes. Il en est ainsi de :

- la présence de publicités en faveur de ces intermédiaires sous la forme de liens commerciaux sur les divers moteurs de recherche renvoyant sur des listes d'offres présentes sur leurs serveurs ;

¹⁶² Dans le cas d'eBay, celle-ci stipule : « Dans le but de nous permettre d'utiliser les informations et autres éléments (texte, photos, etc.) que vous nous avez communiqués sans violer les droits que vous pourriez avoir sur ces informations, vous nous concédez une licence transférable, non-exclusive, gratuite, et sans limitation de durée ni de territoire, avec le droit de concéder des sous-licences, d'utilisation, d'exploitation et de divulgation desdites informations, pour une exploitation dans tout média existant ou à venir, dans le respect de notre Règlement sur le respect de la vie privée. La présente licence restera en vigueur pendant toute la durée légale de protection de vos Informations Personnelles ».

- le référencement des offres présentes sur le site de l'intermédiaire dans les divers comparateurs d'offres disponibles sur l'internet ;
- l'existence d'une politique d'affiliation permettant une rémunération d'internautes en fonction des achats réalisés par l'affilié par l'intermédiaire de la plate-forme ;
- la réalisation de publicités à partir des contenus publiés par les internautes.

En résumé, cette multitude de tâches montre bien que les activités des plates-formes de commerce électronique dépassent très largement le simple stockage des offres publiées par les internautes, ce qui rend l'analyse juridique plus complexe. Se dégage aussi l'impression que les plates-formes sont à même, dans certains cas particuliers, d'exercer un éventuel contrôle des contenus.

II.4.2. Appréhension juridique

Cette diversité d'activités offertes aux personnes (acheteurs ou vendeurs) qui ont recours aux plates-formes de commerce électronique a pour conséquence des divergences d'approches dans la recherche du régime juridique applicable à ces prestataires.

Mais au-delà des antagonismes qui se sont faits jour à l'occasion de contentieux, l'analyse des évolutions récentes démontre qu'il est impossible de retenir une qualification unitaire qui commanderait l'application de mêmes règles à l'ensemble des activités. A la diversité de tâches correspond une pluralité de régimes dont l'application se fait naturellement de manière distributive.

II.4.2.1. Questions de qualification

Certaines des plates-formes en cause revendiquent l'application du régime issu de la LCEN au titre de leur fonction d'hébergement. Les ayants droit soit contestent cette qualification, soit ne l'admettent que pour les seules activités qui leur paraissent strictement relever de cette fonction. Dans ce dernier cas, ils cantonnent le régime d'irresponsabilité conditionnée précédemment décrit aux seules actions de stockage, le reste des activités relevant du droit commun. Certains prestataires admettent une telle analyse et la jurisprudence française semble clairement s'orienter vers cette dernière solution.

Il existe cependant et indiscutablement un courant jurisprudentiel favorable à l'admission de la qualification en fonction d'hébergement¹⁶³.

A titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris¹⁶⁴ a ainsi pu juger, en référé, que « *l'activité de courtage aux enchères par voie électronique exercée par la société eBay relève donc de la définition de l'article 6-I.2 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique aux termes duquel "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*

¹⁶³ TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 26 octobre 2004, Poiray c/ SARL eBay ; T. Com Paris, 17 octobre 2006, Société Konami c/ SA Babelstore ; TI Grenoble, 1^{er} février 2007, M. C. c/ eBay International AG ; T. com. Paris, réf., 26 juillet 2007, « Vivastreet » - SA Parfums Christian Dior, SA Kenzo Parfums, SA Parfums Givenchy et SA Guerlain c/ SARL Database Management And Information Services (DMIS) et sté Database Management And Information Services (DMIS)

¹⁶⁴ CA Paris, Ch. 14, sect. A, 9 novembre 2007, « DWC » - eBay c/ DWC

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 connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

Toutefois, il y a lieu de constater que cette analyse a souvent été retenue à l'occasion d'affaires où ces qualifications n'étaient pas vraiment contestées par les demandeurs.

Quoiqu'il en soit, l'idée d'une application distributive des statuts était présente avant même l'adoption de la LGEN. Ainsi le Tribunal de grande instance de Paris, le 11 février 2003¹⁶⁵, à propos de la mise en vente de contenus relevant de l'incrimination d'apologie de crimes contre l'humanité, avait différencié les deux rôles distincts assumés par la plate-forme : celui de fournisseur d'hébergement des offres rédigées par les vendeurs d'objets et celui d'éditeur de service de communication en ligne :

- **Fournisseur d'hébergement**, « elle stocke, pour leur mise à disposition du public, les offres rédigées par les vendeurs d'objets et justifie, d'ailleurs, de ce qu'elle conserve et détient les données de nature à permettre l'identification de ces créateurs de contenu, conformément aux dispositions, évoquées ci-dessus, de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 ».
- **Éditeur de service de communication en ligne**, « elle en a créé l'architecture, les règles de fonctionnement et les nomenclatures ; elle est également, à ce titre, responsable des sélections d'offres ou de catégories qu'elle offre plus particulièrement à l'attention des acheteurs sur la page d'accueil du site.

L'approche éclatée des activités des plates-formes, qui commanderait une application distributive des régimes juridiques semble être celle des autorités communautaires. C'est en particulier ce qui résulte de la réponse apportée à la question posée par Madame Janelly Fourtou à propos de la responsabilité des gestionnaires de sites d'enchères en ligne.

La question¹⁶⁶ était ainsi formulée :

« Aux termes de l'article 14 de la directive 2000/31/CE¹⁶⁷ du 8 juin 2000 sur le commerce électronique :

« 1. 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 du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou l'information illicites et, en ce qui concerne la demande de 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.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire de service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire."

¹⁶⁵ TGI Paris, 11 févr. 2003, n° 0104305259, Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie c/ Timothy Koogler : D. 2003, inf. rap. p. 603 ; Légipresse, 2003, n° 202, III, p. 93, note J.-P. Hugot

¹⁶⁶ Question écrite E-2038/08 posée par Janelly Fourtou (ALDE) à la Commission européenne

¹⁶⁷ JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

À l'heure actuelle, cette disposition est invoquée notamment par les gestionnaires de services d'enchères en ligne qui se prévalent, pour l'ensemble des prestations en ligne qu'ils fournissent, de l'immunité de responsabilité qu'elle prévoit.

Face aux divergences entre États membres quant à l'interprétation de cette disposition, sur laquelle d'ailleurs la Cour de Justice des Communautés européennes ne s'est pas exprimée à ce jour, la Commission est-elle en mesure de livrer l'interprétation de ce texte qu'elle entend défendre, sachant que le deuxième rapport sur l'application de la directive n'est pas encore paru et que le premier ne s'est pas prononcé sur le sujet ? »

Dans sa réponse, le 3 juin 2008, la Commission précise :

« Il convient de souligner que l'article 14 de la directive 2000/31/CE¹⁶⁸ limite la responsabilité des prestataires intermédiaires qui prestent des services d'hébergement, c'est-à-dire de stockage d'information provenant de tiers. Cette limitation s'applique à certaines activités de prestataires intermédiaires et non à des catégories de prestataires de services ou à des types d'information. Les cas qui ne sont pas couverts par la directive restent soumis à la législation des États membres.

La Commission estime ainsi que seule une partie des activités des gestionnaires de sites d'enchères électroniques tombe clairement dans le champ d'application de l'article 14 de la directive 2000/31/CE entraînant l'absence de responsabilité: il s'agit de la pure activité de stockage d'information provenant de tiers. Les activités économiques accompagnant ce stockage d'information ne sont pas concernées par l'exemption de responsabilité.

La Commission n'a pas reçu de plaintes à ce sujet, mais compte tenu des jurisprudences nationales variées qui existent sur le sujet, elle conduit des réflexions avec le groupe d'experts des États membres créé par la décision de la Commission portant référence 2005/752/CE¹⁶⁹. Ils discutent également de l'application des articles 14 à 16 aux hyperliens et aux moteurs de recherche, questions qui n'ont pas été traitées par la directive elle-même.

Bien qu'aucune décision n'ait été prise à ce stade sur une action à entreprendre, la Commission se pencherait sur la question s'il ressortait des travaux en cours la nécessité d'une coordination. Elle ne manquera pas de tenir informée l'honorable parlementaire des développements sur le sujet ».

Pourtant, certains prestataires estiment que l'activité de courtage devrait être regardée comme entrant dans le champ des fonctions de simple hébergement. Ainsi, selon la société eBay, il faudrait, pour appréhender cette situation, prendre en considération l'analyse menée dans le cadre du Forum des Droits de l'Internet.

¹⁶⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement 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 sur le commerce électronique »).

¹⁶⁹ Décision 2005/752/CE de la Commission du 24 octobre 2005 instituant un groupe d'experts sur le commerce électronique, JO L 282 du 26.10.2005.

Dans sa Recommandation sur le commerce entre particuliers sur l'Internet adoptée le 8 novembre 2005, soit plus d'un an et demi après l'adoption de la LCEN, le Forum des Droits de l'internet écrivait, à propos de la responsabilité de l'activité de courtage en ligne :

*« s'appuyant sur cette interprétation communautaire, et sur la jurisprudence [le Forum des Droits de l'Internet] [recommande] de soumettre les plates-formes de mise en relation au régime de responsabilité de l'hébergeur prévu par les dispositions des articles 6.1 et suivants de la LCEN. »*¹⁷⁰

Et eBay de conclure que les fonctions relevant ainsi du régime de l'hébergeur et plus particulièrement celles du courtage font bien débat.

L'observation est exacte mais il convient de relever que cette analyse a été rejetée par le Tribunal de Grande Instance de Troyes, le 4 juin 2008. La plate-forme poursuivie faisait valoir qu'elle exerçait une activité qualifiée de « courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique » aux termes de l'article L 321-3 du Code de commerce et que cette activité entrait dans la catégorie des prestations d'hébergement de contenus telle que définie par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 dès lors qu'elle n'intervient pas dans la vente des biens entre les parties. Ainsi, « *la plate-forme ne serait qu'un simple prestataire de stockage puisque le contrat est conclu de gré à gré entre le vendeur et l'acheteur et qu'elle n'intervient ni dans le contenu des offres, ni dans la formation du contrat, ni dans le paiement, ni dans livraison* » et « *qu'elle se borne à mettre en relation des utilisateurs par la fourniture d'un moyen technique d'hébergement et de communication* »¹⁷¹.

Pour contester pareille approche, les ayants droit font généralement valoir que l'activité des plates-formes telle que décrite précédemment dépasse très largement le rôle de simple intermédiaire et que, dans les faits, les plates-formes de commerce électronique ont un rôle actif tant dans la présentation des offres, dans leur communication au public et plus généralement lors de la conclusion du contrat entre les deux utilisateurs. S'appuyant sur l'expertise du disque dur de la vendeuse ils pouvaient notamment, dans l'affaire précitée, montrer la fréquence des contacts directs entre celle-ci et la plate-forme.

Ce point de vue a été accueilli par les juges. Les magistrats retiennent tout d'abord que « *les sociétés eBay exercent une activité de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique permettant à des particuliers, ou des professionnels, de vendre ou d'acquérir en ligne des biens ou services* ».

Ils poursuivent en estimant que « *S'il est donc incontestable que les sociétés eBay offrent aux utilisateurs de son service des moyens techniques permettant une classification des contenus et tirent profit des ventes ainsi réalisées, ces circonstances ne sauraient suffire à les qualifier d'éditeurs de contenu dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, que la structuration des informations hébergées est nécessaire à leur visibilité par le public et que la loi ne distingue pas entre les prestataires à titre gratuits et ceux qui font le choix d'une rémunération par l'hébergement.*

Il convient de souligner que la présentation des contenus sur la page d'accueil du site en cause relève d'une mise en page actualisée par catégorie d'achats, et non par offres des vendeurs, ce qui démontre l'absence de choix éditorial sur les contenus hébergés.

¹⁷⁰ Les développements avaient trait à la responsabilité des plates-formes du fait du contenu des annonces" (titre de la sous-partie) et non aux obligations découlant d'activités différentes de celles d'hébergement.

¹⁷¹ TGI Troyes, 4 juin 2008 Hermès International c/ Madame Cindy F, SA eBay France et eBay International AG.

Ces éléments distinguent fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur de contenu, lequel par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion ou présente les contenus hébergés selon une ligne éditoriale délibérée »

Avant d'en conclure que « Pour autant, en tant qu'elles mettent à disposition des vendeurs des outils de mise en valeur du bien vendu, organisent des cadres de présentation des objets sur leur site en contrepartie d'une rémunération, et créent les règles de fonctionnement et l'architecture de leur service d'enchères, les sociétés eBay doivent être considérées comme des éditeurs de services de communication en ligne à objet courtage. »

Ainsi, le Tribunal de Grande Instance de Troyes a considéré que les plates-formes de commerce électronique faisant du courtage peuvent relever de plusieurs qualifications juridiques :

- une qualification d'hébergement pour les contenus stockés ;
- une qualification d'éditeur de services de communication en ligne à objet de courtage.

Quel régime alors appliquer ?

Les magistrats apportent une réponse : *« dans la gestion de son service de courtage en ligne, les sociétés eBay assument deux rôles différents hébergeur et éditeur de services. »*. Ils reprennent ainsi la logique souhaitant procéder à une application distributive des régimes de responsabilité où la plate-forme relèverait – pour certains faits – du régime de responsabilité des intermédiaires et – pour d'autres faits – de celui des « éditeurs de services », à savoir le droit commun.

Cette analyse est du reste celle de certains prestataires puisque l'ASIC¹⁷² a indiqué à la commission du CSPLA une position similaire : *« la responsabilité des acteurs de l'internet communautaires si elle relève d'un statut encadré en ce qui concerne la fonction d'hébergement de contenus, relève également du droit commun pour l'ensemble des autres fonctions et donc, notamment, pour tous les contenus dont le site est l'auteur ou pour des fonctions qui ne seraient pas de nature « hébergement » (comme par exemple, le courtage). »*

La question des qualifications supposée résolue, quels régimes appliquer ?

II.4.2.2. Application des régimes de responsabilité

Une première observation consiste à constater que les plates-formes de commerce électronique n'ont jamais considéré que le régime des hébergeurs fût exclusif du respect par les sites marchands d'autres régimes de responsabilité. Par exemple, les prestataires en cause se sont soumis spontanément au régime juridique de la vente à distance ; les magistrats ont pu également leur faire application du droit commun dans des litiges les opposant à certains de leurs utilisateurs¹⁷³.

Plusieurs régimes sont donc susceptibles de s'appliquer suivant l'activité en cause et la nature du demandeur (tiers ou cocontractant, consommateur ou professionnel).

¹⁷² Op. cit.

¹⁷³ J Prox Pau, 26 février 2004, Rick D. c/ SA eBay ; TI Rennes, 26 mars 2007, Stéphane L. c/ SA eBay France et eBay International AG ; J Prox Saint-Affrique, 24 mai 2007, Jonathan S. c/ SA Babelstore ; TI Paris 20^e, 16 mai 2008, Bernadette M. c/ SA PriceMinister.

- Hypothèses d'application du régime lié à l'activité d'hébergement

Comme décrit précédemment¹⁷⁴, le régime prévu par l'article 6-1,2° de la LCEN suppose aux fins d'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire pour des contenus stockés à la demande d'un destinataire du service pour mise à disposition du public par un service de communication au public en ligne, que deux conditions soient réunies : la connaissance de faits ou circonstances et la connaissance du caractère illicite de ces faits ou de cette activité.

Mais en quels cas est-il encore susceptible de s'appliquer ? Pour le savoir il convient de déterminer avec précision ce qui relève de l'activité d'hébergement.

Ce statut est, sans contestation, applicable aux **contenus publiés par les internautes** sur les plates-formes comme par exemple, les commentaires et/ou notation pouvant être émises par des utilisateurs en marge de chacune des transactions.

S'agissant de **l'activité de stockage d'offres**, plusieurs interprétations semblent possibles en l'absence de décision de la Cour de cassation. Dans ces conditions, la commission préconise que ce point fasse partie des réflexions qu'elle suggère d'engager dans une deuxième phase de ses travaux.

Il n'en demeure pas moins qu'appliqué à ces contenus, le régime de la LCEN sera identique à celui décrit précédemment et nécessitera, aux fins d'engagement de responsabilité de la plate-forme, de porter à la connaissance de celle-ci l'existence de faits ou de circonstances de nature illicite.

Cette application n'est pas critiquable dès lors que la fonction alors exercée par la plate-forme s'apparente à une forme de stockage proche de celle exercée par les prestataires d'hébergement purement techniques. L'applicabilité du régime des prestataires d'hébergement à ces intermédiaires permet également de leur imposer les diverses obligations pesant sur ces acteurs et notamment l'obligation de conserver les données permettant d'identifier le ou les personnes ayant contribué à la création des contenus. Les mêmes problématiques que celles exposées auparavant se poseront à ces intermédiaires. Ces obligations trouveront sans nul doute intérêt dans le cadre du droit à l'information reconnu par la loi du 29 octobre 2007¹⁷⁵ aux titulaires de droit. Il est indiscutable que ce dernier texte élargit le champ des informations qu'il est désormais possible de demander. Elles permettent non seulement aux victimes mais aussi aux diverses administrations compétentes (administration des douanes, DGCCRF, administration fiscale ou sociale) d'obtenir communication d'informations nécessaires à l'exercice de leurs missions.

L'existence de ces obligations conforte dans l'idée que seuls les prestataires en cause possèdent les éléments de veille, non sur les offres mises en ligne, mais sur les profils éventuellement suspects de vendeurs inscrits sur son site.

La connaissance acquise de ces profils suspects doit normalement déboucher sur une réaction directe de la part du prestataire avant mise en ligne des offres et par l'interrogation spécifique de son client.

- L'application des régimes de responsabilité de droit commun

Si les plates-formes revêtent la qualification d'éditeur de services pour leur activité principale, les magistrats en ont déduit l'application du régime de responsabilité de droit commun et notamment des principes posés par l'article 1382 du Code civil. Les magistrats, dans la

¹⁷⁴ Cf. supra p.55 et s.

¹⁷⁵ Qui transpose la directive communautaire 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle

décision précitée du TGI de Troyes, ont considéré que les plates-formes « *ne sont pas dispensées de veiller dans la mesure de leurs moyens, à ce que leur site internet soit pas utilisé à des fins répréhensibles* ».

Les juges reprennent ici la logique classique souhaitant que ces intermédiaires agissent en « bon père de famille » et mettent en oeuvre diverses diligences afin que leur site ne soit pas utilisé à des fins répréhensibles.

En l'espèce, les juges ont analysé deux points : les **outils de contrôle** mis en oeuvre par la plate-forme et l'**outil de notification** mis à la disposition des ayants droit. Concernant l'outil de contrôle, le tribunal retient que « *il est valablement soutenu que ces sociétés disposent d'outils propres à rechercher des contenus contrefaisants, et que leur obligation ne saurait être assimilée à l'obligation de résultat imposée aux commissaires-priseurs quant à l'engagement qu'ils assument sur l'authenticité des objets vendus par leur intermédiaire, il n'en demeure pas moins que ces dispositifs trouvent leur limite pour les objets non délibérément référencés par les utilisateurs comme non authentiques. En effet, il est constant que les contrefaisants s'adaptent aux procédés de détection d'objets contrefaits par la simple affirmation dans leurs offres de l'authenticité des produits qu'ils vendent* ». Ainsi, la plate-forme doit développer un outil dépassant la stricte identification du « manifestement » illicite.

Concernant le second outil, le tribunal indique qu'afin « *d'assurer une effectivité réelle au programme "VeRo" de notification des Produits contrefaits par les titulaires de droit de propriété, de garantir une information entière des acheteurs sur le bien référencé, et partant de respecter l'obligation de moyens, de veiller à l'absence d'utilisation répréhensible du site www.ebay.fr, il appartient aux sociétés défenderesses de solliciter, par tous moyens, des vendeurs qu'il précisent dans leur offre les moyens d'identification de l'objet vendu (référence du produit, numéro de série, numéro de type, certificat d'authenticité, etc ...) et d'afficher en caractères suffisamment lisibles les références ainsi apportées, l'absence de connaissance de celles-ci ou le défaut de réponse* ».

Enfin, il pose le principe d'une obligation de moyens reposant sur la plate-forme consistant à « *assurer une information pleine et parfaite aux utilisateurs de son service* » notamment sur l'interdiction de la contrefaçon et les conséquences qui peuvent en découler pour les utilisateurs en cas de commission de ces actes.

La solution n'est pas nouvelle et dans le droit fil de la construction communautaire puisque selon le considérant 48 de la directive du 8 juin 2000 :

« 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 »

Reste qu'il est difficile d'apprécier l'étendue des obligations qui pèseraient sur une plate-forme de commerce électronique. Néanmoins, le raisonnement est bien celui de droit commun consistant à trouver le modèle de référence (bon père de famille, c'est-à-dire le prestataire diligent et avisé) pour apprécier par comparaison le comportement du prestataire dont la responsabilité est recherchée. Les juges se sont déjà livrés à pareille recherche, il y a une dizaine d'années, à une époque où aucun statut spécial n'était encore envisagé. L'examen des décisions alors rendues¹⁷⁶ atteste du souci de trouver un point d'équilibre raisonnable entre les attentes légitimes et les contraintes.

¹⁷⁶ TGI Paris, ref, 9 juin 1998, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, précitée ; TGI Nanterre, 1^{ère} Chambre, 8 décembre 1999, Linda Lacoste c/ Valentin Lacambre, précitée : le prestataire « doit prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé

A lire le jugement du TGI de Troyes, les juges estiment qu'il est nécessaire que les professionnels avisés et diligents mettent en œuvre des outils afin de détecter un contenu éventuellement illicite, ce caractère illicite devant s'apprécier au regard des compétences propres au prestataire. On peut penser que, forts de certains précédents¹⁷⁷, les juges s'attacheront aux compétences propres des acteurs de l'internet et à l'adéquation des mesures prises par ces derniers¹⁷⁸.

A l'analyse de ces décisions, il apparaît que la plate-forme est tenue à une obligation de moyen et non de résultat de détecter en amont et de suspendre les offres proposant à la vente des objets contrefaisants et/ou les utilisateurs qui seraient à l'origine de ces offres et ceci en déployant des moyens conformes à l'état de l'art.

- Le cas particulier de la distribution sélective

Une place doit être réservée à la problématique de l'opposabilité des réseaux de distribution sélective.

- L'application de la LCEN

Certains prestataires refusent de garantir le respect des accords de distribution sélective, dont la violation n'est pas manifestement illicite. L'argumentation repose généralement sur l'opposabilité aux ayants droit du régime de responsabilité limitée mis en place par la LCEN.

En effet, selon ces prestataires, l'application des contrats de distribution sélective est une question complexe comme le montre les décisions de sanction rendues en matière d'entente illicites. Une telle analyse supposerait de se livrer à des contrôles difficiles à effectuer (en raison notamment de clauses de confidentialité pouvant exister dans ce secteur) et notamment pour l'appréciation générale du contrat au regard des règles de la concurrence.

Pour les ayants droit, les difficultés ne sont pas celles-là, car ils ne souhaitent pas voir les plates-formes s'ériger en autorité de contrôle de la concurrence mais réclament simplement qu'elles appliquent les règles de la distribution sélective auxquelles tous les circuits de distribution se soumettent.

- L'application du droit commun

Dans le cadre d'une analyse fondée sur un régime de responsabilité de droit commun, si la plate-forme est bien un tiers au contrat, ce dernier en tant que fait juridique lui est bien opposable dès lors qu'il a été porté à sa connaissance.

En pareil cas, il apparaîtrait légitime que le prestataire fasse preuve de circonspection en vérifiant que le contrat de distribution sélective autorise les revendeurs agréés à proposer les produits à la vente sur des plates-formes. Le Conseil de la concurrence¹⁷⁹ a en effet admis (avec prudence) que le fabricant pouvait imposer, dans le cadre d'un accord de distribution sélective, que les revendeurs ne passent pas par des plates-formes d'intermédiation (voir infra, décision du 8 mars 2007). Lorsque la distribution est autorisée sur les plates-formes, il

mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent, cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur d'hébergement ».

¹⁷⁷ TGI Nanterre, 1^{ère} Chambre, 24 mai 2000, UEJF c/ Multimania

¹⁷⁸ Solution à rapprocher de celles retenues par les tribunaux à propos de l'insertion de liens sponsorisés

¹⁷⁹ Conseil de la concurrence, décision n° 06-D-24, 24 juillet 2006, Distribution des montres commercialisées par Festina France ; CA Paris, 1^{re} ch., 16 octobre 2007, Sté Bijourama c/ Sté Festina France ; Cons. conc., décision n° 06-D-28, 5 octobre 2006, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma ; Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-07, 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

apparaîtrait également conforme aux règles de l'art de vérifier que les vendeurs de produits neufs concernés fournissent la preuve de leur qualité de revendeur agréé.

Il a ainsi été admis que les fabricants ayant organisé un réseau de distribution sélective interdisent la vente aux opérateurs exerçant exclusivement sur l'Internet (« pure players ») ; en revanche ces fabricants ne peuvent pas se réserver le monopole de la distribution en ligne. Dans sa décision du 8 mars 2007 le Conseil de la concurrence a estimé qu'une interdiction de revente sur les plates-formes d'intermédiation pouvait être légitime, en l'état actuel des pratiques de celles-ci, dès lors que les plates-formes n'apportent pas de garanties suffisantes sur la qualité et l'identité des vendeurs (mais aussi sur la présentation des produits)¹⁸⁰.

Il apparaît donc que l'application distributive des régimes de responsabilité correspond non à une volonté d'aggraver de façon systématique la situation juridique des prestataires techniques sur fond de méconnaissance par les tribunaux de leur modèle technique mais bien au contraire comme une volonté de réguler entre eux différents opérateurs commerciaux dont le plus récent est le commerce électronique.

Le filtrage préalable devient dès lors un moyen de régulation à charge du prestataire pour éviter de noyer un autre agent économique sous des offres illégales en nombre massif qu'il peut s'épuiser à endiguer au détriment de son propre équilibre économique. **Si ce filtrage doit bénéficier du concours du titulaire de droit pour être d'avantage efficient, il ne doit pas lui incomber puisqu'il vise à éliminer du site d'e-commerce non un concurrent mais un agent négatif pour tous.**

Force est de constater qu'en la matière, les pratiques mises en œuvre par les principales plates-formes divergent abondamment. Si chacune s'accordent sur l'existence d'un filtrage des contenus, la mise en œuvre de ce dernier apporte des résultats différents. Cette différence n'est pas sans incidence.

Certains prestataires font observer qu'elle pourrait avoir pour effet de créer une distorsion de concurrence entre les plates-formes, certaines profitant des contrôles opérés par d'autres pour accueillir de nouveaux vendeurs et générer des gains issus de la vente d'objets contrefaisants qui n'auraient pas été détectés.

L'observation est exacte mais elle renforce l'idée de la nécessité d'une meilleure lutte contre la contrefaçon. Il y aurait une forme de capitulation du droit à admettre que sites vertueux et contrefacteurs sont logiquement en concurrence et qu'afin de ne pas gêner les premiers il convient abaisser le seuil d'exigences. S'il faut intervenir c'est en éradiquant le phénomène de la contrefaçon. Pas en le tolérant pour mettre tout le monde à niveau.

Quoiqu'il en soit, **sans doute serait-il utile d'établir des « normes de référence » en matière de filtrage des contenus publiés sur les plates-formes de commerce électronique** afin de permettre tant le développement de cette activité qu'une protection des droits des tiers.

Ces normes devraient prendre en compte les éléments suivants :

- le travail de détection des profils suspects offrant des contenus contrefaisants n'est pas de la responsabilité des titulaires de droit. Il relève de la responsabilité des

¹⁸⁰ Sur la question, voir le rapport annuel (2007) du Forum des Droits sur l'Internet sur la distribution sélective sur Internet

plates-formes de mettre en œuvre des outils leur permettant, par elles-mêmes, de détecter lesdits comportements avec l'assistance des titulaires de droit ;

- les plates-formes ne peuvent se limiter à la détection de la présence de mots manifestant le caractère contrefaisant des produits proposés à la vente (par ex. : faux, imitation, fake, copie, clone, etc.). Elle se doivent d'établir un mécanisme de filtrage permettant de suspecter le caractère contrefaisant des offres à partir par exemple de la provenance du produit (Asie), du nombre de produits identiques proposés à la vente, de la nature du produit (marque de luxe, produit informatique, etc.) ou des modalités de paiement ou de livraison, de l'état neuf des produits, de leur conditionnement ;
- le caractère contrefaisant d'un produit ne se déduit pas seulement du contenu de l'offre mais principalement de l'analyse du comportement du vendeur. Les plates-formes se doivent de développer des outils permettant d'identifier les comportements suspects et de ne pas hésiter à interroger leurs vendeurs sur la licéité de leur offre ; elles pourraient également développer des outils permettant de rapprocher plusieurs pseudonymes appartenant, en réalité, à un même vendeur soit du fait de la similitude des annonces, soit de la simultanéité d'actions de la part de ce vendeur ;
- les plates-formes se doivent d'assurer une veille sur les nouveaux objets contrefaisants notamment par l'intermédiaire des titulaires de droit ou de leurs fédérations professionnelles ;
- les plates-formes doivent informer les utilisateurs de ses services de leur obligation de ne pas proposer à la vente des objets contrefaisants et prévoir, contractuellement, la faculté de faire cesser la vente desdits produits ainsi que la faculté de suspendre le compte de l'utilisateur suspecté de proposer à la vente de tels produits ;
- le traitement des personnes « délistées » car offrant de la contrefaçon peut être systématisé soit par la loi, à l'instar de ce qui est actuellement proposé pour le téléchargement, en instaurant une interdiction temporaire pour le vendeur indélicat de s'inscrire sur toutes plates-formes accessible en France pour une durée déterminée, soit par constitution d'un fichier des « mauvais vendeurs » interdits afin que chassés de l'une ils ne puissent s'inscrivent sur un autre.
- de même, il serait bon que soient clarifié, soit au titre des conditions contractuelles, soit par la loi le sort des sommes perçues par le site en cas de vente de contrefaçon, commission perçue comme prix de vente de ladite vente. La retenue de ces sommes pour garantir l'acheteur lésé et le titulaire de droit le cas échéant peut être une piste.

ANNEXES

Annexe 1 : lettre de mission



7 NOV. 2007



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

Paris, le 8 novembre 2007

Professeur Pierre Sirinelli
16 bis, rue Jacqueline
92330 Sceaux

Monsieur le professeur,

Le rôle des prestataires techniques de l'Internet est déterminant dans l'essor de la société de l'information ainsi que dans la mise à la disposition des œuvres de l'esprit. Afin d'inciter des entreprises dynamiques à investir dans ces activités, un cadre juridique spécial a été défini, tant par la directive communautaire du 8 juin 2000 que par la loi de transposition du 21 juin 2004, dite « loi pour la confiance dans l'économie numérique ».

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Plusieurs raisons conduisent à s'interroger aujourd'hui sur la pérennité, l'adéquation, voire la pertinence de ce statut particulier.

En premier lieu, on relèvera que le texte communautaire doit, en vertu de son article 21 (point 2) faire régulièrement l'objet d'un réexamen.

En deuxième lieu, les données techniques, économiques, politiques et industrielles comme les pratiques ou usages au vu desquels la directive a été négociée à la fin des années 1990, ont beaucoup évolué.

En troisième lieu, les modes de « consommation » d'œuvres ont, eux aussi, évolué et, si une relation plus directe des auteurs avec leur public était prévue, il faut constater l'apparition de nouveaux intermédiaires. De nouveaux modèles économiques sont en outre apparus, de telle sorte que de nouveaux équilibres sont à rechercher.

En quatrième lieu, certaines de ces nouvelles activités entrent mal dans les cadres proposés par les normes juridiques existantes et les contentieux se multiplient. Les solutions rendues en la matière montrent, en France mais aussi dans d'autres pays, la volonté de certains juges de proposer de nouvelles analyses en s'écartant des constructions juridiques posées par les textes.

L'heure est donc sans doute venue d'étudier une éventuelle évolution des statuts des prestataires de l'Internet. De nouvelles solutions, porteuses de plus de prévisibilité et de sécurité, doivent être recherchées.

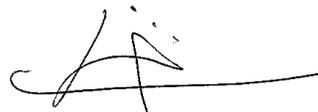
Dans ces conditions, je vous charge de présider une commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ayant un tel objet. Elle veillera à réunir des professionnels du secteur ainsi que des experts disposant de connaissances techniques, économiques ou juridiques, afin de disposer d'une approche pluridisciplinaire et d'identifier des solutions raisonnablement acceptables pour tous.

Vos conclusions devront m'être remises au printemps 2008, avant que la France ne soit en charge de la présidence de l'Union Européenne, afin que le Conseil supérieur en délibère en formation plénière et que son avis soit transmis aux pouvoirs publics.

Pour conduire vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur les contributions des membres du Conseil supérieur et vous serez assisté, ainsi que vous l'avez souhaité, par Alban De Nervaux, auditeur au Conseil d'Etat.

En vous remerciant d'avoir accepté d'assurer la présidence de cette commission, je vous prie de croire, Monsieur le professeur, à l'expression de mes salutations distinguées.

M. cordialement.



Jean-Ludovic SILICANI

Annexe 2 : Personnes auditionnées et programme de travail

▪ Personnes auditionnées

M. Philippe JANNET, Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE)
M. Martin ROGARD, Dailymotion
Alexandre MENAIS, eBay
Julien GROSSLERNER, Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
M. Sacha WUNSH-VINCENT, auteur de l'étude de l'OCDE relative au User Created Content.
MM. Christian LAMOUREUX, Pascal DUPEYART et Winston MAXWELL (Audible Magic).
M. Xavier HERFROY, Union des fabricants (UNIFAB)
Mme Laurence MARCOS, Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
M. Frédéric DELACROIX, Association de Lutte Contre la Piraterie Audiovisuelle (ALPA)
M. Daniel COOPER, Fox Interactive Media, MySpace
M. Damien PIGASSE, régie France de Dailymotion
M. Pierre LEDIEU, Isobar
Mme Bénédicte de BOLLARDIERE, Syndicat des régies Internet (SRI)
M. Sebastien BADAULT, Google France
M. Jean BERGEVIN, Commission européenne
M. Octave KLABA, OVH

▪ Programme de travail

Mardi 4 décembre 2007

Installation de la commission

Vendredi 21 décembre

Exposés suivis d'un débat :

Alexandre ARCHAMBAULT (Iliad/ Free)
Giuseppe DE MARTINO et Martin ROGARD (Dailymotion)
Olivier ESPER (Google et YouTube)
Pierre BEAUDOIN (Wikimedia France)
Sophie PRADERE (Yahoo)

Mercredi 16 janvier

Exposés suivis d'un débat :

Alexandre MENAIS (eBay)
Benoit TABAKA (PriceMinister)
Olivier LANGLES (Skyrock)
Philippe JANNET (GESTE)

Jeudi 31 janvier

Exposés suivis d'un débat :

Bernard LANG (AFUL, INRIA)
Olivier ESPER et Julien DARIMI (Google)

Jean-Marc BORDES (INA)
Sacha WUNSH-VINCENT, auteur de l'étude de l'OCDE relative aux User Created Content
Christian Lamouroux, Pascal Dupeyrat (Audible Magic)

Jeudi 14 février

Exposés suivis d'une débat :

Mme Christiane Ramonbordes (ADAGP) et Olivier Brillanceau (SAIF)
Julien Grosslerner (SACEM)
David El Sayegh (SNEP)
Laurent Duvillier (Intervention SCAM/ SACD)
Frédéric Goldsmith (APC)
Mme Christine Lai (Unifab) et M. Xavier Herfroy (Unifab)

Jeudi 28 février

Exposés suivis d'un débat :

Laurence Marcos (SCPP)

Frédéric Delacroix (ALPA)

Mardi 11 mars

Exposés suivis d'un débat :

M. Daniel Cooper (Fox Interactive Media, MySpace)

Vendredi 28 mars

Exposés suivis d'un débat :

Pierre Ledieu (Isobar)
Damien Pigasse (régie France de Dailymotion)
Bénédicte de Bollardièrre (SRI)

Jeudi 10 avril

Exposés suivis d'un débat :

Sebastien Badault (Google France)
Marine Pouyat, (GESTE)

Jeudi 17 avril

Exposés suivis d'un débat :

Jean Bergevin (Commission européenne)
Octave Klabar (OVH)

Mardi 6 Mai

Exposé suivi d'un débat :

Jean Berbineau, (Autorité de Régulation des Mesures techniques de Protection, ARMT)

Jeudi 15 mai

Exposés suivis d'un débat :

Benoît Tabaka (ASIC)

Dahlia Kownator (AFA)

Mardi 3 juin

Débat sur le projet de rapport

Mardi 10 juin

Débat sur le projet de rapport

Lundi 16 juin

Débat sur le projet de rapport

Annexe 3 : composition de la commission « Prestataires de l'Internet »

Membres nommés par la décision du président du CSPLA du 22 février 2008

Membres du CSPLA :

M. Jean BERBINAU, Personnalité qualifiée du CSPLA, autorité de régulation des mesures techniques de protection (ARMT)
M Xavier BLANC, Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)
M. Emmanuel BOUTTERIN, Syndicat national des radios libres (SNRL)
M. Olivier BRILLANCEAU, Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)
Mme Delphine CHASSAT, Société des auteurs et des compositeurs dramatiques (SACD)
Mme Karine COLIN, Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF)
M. Jean DELPRAT, Union nationale des associations familiales (UNAF)
M. Emmanuel de RENGERVE, Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)
M. Thierry DESURMONT, Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
M. Julien DOURGNON, UFC -Que choisir ?
M. Daniel DUTHIL, Agence pour la protection des programmes (APP)
M. Laurent DUVILLIER, Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
M. Daniel FAVA¹⁸¹, Association française des fournisseurs d'accès (AFA)
Mme Isabelle FELDMAN, Société pour l'administration des droits des artistes-interprètes (ADAMI)
M. Frédéric GOLDSMITH, Association des producteurs de cinéma (APC)
M. Marc GUEZ, Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
M. Bernard LANG, Association francophone des utilisateurs de Linux et de logiciels libres (AFUL), Institut national de recherche en informatique et automatique (INRIA)
M. Patrick LANTZ, Syndicat de la presse magazine de l'information (SPMI)¹⁸²
M. Patrice LAUME, Union des producteurs des films (UPF)¹⁸³
Mme Marie-Françoise MARAIS, Vice-présidente du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), Conseiller à la Cour de cassation
M. Marc MOSSE, Business Software Alliance France (BSA)
Mme Marine POUYAT, Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE)
Mme Juliette PRISSARD-ELTEJAYE, Syndicat des producteurs indépendants (SPI)
Mme Christiane RAMONBORDES, Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
M. Jérôme ROGER, Union des producteurs phonographiques français indépendants (UPFI)
M. Hervé RONY, Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
M. Claude RUBINOWICZ, Directeur général de l'Agence pour le Patrimoine Immatériel de l'Etat (APIE)¹⁸⁴
M. Benoît TABAKA, Association pour le commerce et les services en ligne (ACSEL)
M. Laurent TARDIF, Syndicat national des artistes musiciens de France (SNAM)
M. Arnaud VALETTE, Groupement des éditeurs des services en ligne (GESTE)
M. Idzard VAN DER PUYL, Chambre syndicale des producteurs de films (CSPF)

¹⁸¹ Non-membre du CSPLA au moment de la création de la commission ; nommé au CSPLA par arrêté du 31 mars 2008

¹⁸² Membre du CSPLA au moment de la création de la commission; remplacé au sein du CSPLA par Mme Marie Haralambon par arrêté du 31 mars 2008

¹⁸³ Membre du CSPLA au moment de la création de la commission; remplacé au sein du CSPLA par Mme Marie-Paule Biosse-Duplan par arrêté du 31 mars 2008

¹⁸⁴ non-membre du CSPLA au moment de la création de la commission, membre de droit, représentant du ministère de l'économie depuis le 10 avril 2008

Personnes extérieures au CSPLA :

M. Alexandre ARCHAMBAULT, Chargé des affaires réglementaires à Free
M. Pierre BAUDOIN, Président de Wikimedia France
M. Jean-Marc BORDES, Délégué général de l'Institut national de l'audiovisuel (INA)
M. Giuseppe DE MARTINO, directeur juridique de Dailymotion, président de l'Association de services Internet communautaires (ASSIC)
Mme Katia DUHAMEL, Déléguée générale de l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (ASFORST)
M. Olivier ESPER, Directeur des relations institutionnelles, Google France
M. Pascal FAURE, Vice-président du Conseil général des technologies de l'information
Mme Sylvie FORBIN, Directrice des affaires internationales et européennes de Vivendi
M. Stéphane GREGOIRE, Chargé de mission au Forum des droits sur Internet
M. David GROSZ, Directeur juridique, division contenus, France Telecom
Mme Christine LAI, Directrice générale de l'Union des fabricants (UNIFAB)
M. Olivier LANGLES, Directeur juridique de Skyrock
Mme Sophie PRADERE, Directeur juridique en propriété intellectuelle de Yahoo
M. Jérôme SOULET, Directeur des opérations digitales de Gaumont
M. Christophe STENER, Président de l'Alliance TiCS
Mme Isabelle SUSSMAN-CHANDLER, affaires institutionnelles - E-Bay

Membres des administrations

Mme Marie-Liesse BAUDREZ, Sous-directrice des affaires juridiques, ministère de la culture et de la communication
M. Frédéric BOKOBZA, Direction du développement des médias, sous direction du développement de la société de l'information (DDM)
Mme Chantal DEVILLERS-SIGAUD, Bureau des affaires juridiques de l'économie et des industries culturelles (sous-direction de la formation professionnelle et des industries culturelles), ministère de la culture et de la communication
M. Emmanuel GABLA, Ministère de l'industrie, direction générale des entreprises
M. Nicolas GUILLOU, Ministère de la justice, direction des affaires civiles et du Sceau
Mme Hélène de MONTLUC, Chef du bureau de la propriété littéraire et artistique, ministère de la culture et de la communication
M. Michel RABAUD, Chef de mission maîtrise de la langue française et lutte contre l'illétrisme, haut-fonctionnaire de terminologie, délégation à la langue française et aux langues de France
M. Jean-Philippe TROUBE, Bureau des affaires juridiques (département de la coordination administrative et financière), ministère de la culture et de la communication.