

Responsabilité en droit d'auteur des intermédiaires : de l'hébergeur aux plateformes interactives

Mémoire présenté par

François Charlet

en vue de l'obtention de la

Maîtrise universitaire en Droit, criminalité
et sécurité des technologies de l'information

Directeur du mémoire

M. le professeur Philippe Gilliéron

Année académique 2011-2012

Juin 2012

Préface

Le présent travail est le fruit de recherches dont le but sera de présenter l'évolution des régimes du droit applicable aux intermédiaires dans le domaine du droit d'auteur. Ce thème est issu de nombreux choix auxquels nous avons été amenés. À l'origine, le but annoncé de ce travail était de traiter uniquement de la responsabilité en droit d'auteur des plateformes interactives, et de comparer les solutions retenues par certains pays. Au fil de nos recherches, nous avons choisi d'orienter ce travail sur l'adaptation du droit face aux problèmes récents soulevés par le milieu numérique dans le domaine de la responsabilité en droit d'auteur. Les lecteurs nous pardonneront cet écart. Cependant, nous avons essayé d'être complets à défaut d'être exhaustifs.

Nous attirons l'attention des lecteurs sur le fait que ce travail s'attèle à comparer plusieurs cadres juridiques, qui plus est relativement à Internet. Ces deux éléments nous ont nécessairement imposé de nous documenter avec des textes dont la très grande majorité est rédigée en anglais. En principe, les termes en langue étrangère seront mis en italique, le cas échéant suivis d'une traduction entre parenthèses ; les citations seront traduites par nous et placées entre guillemets. Une note renverra à la citation originale.

Nous remercions enfin le Professeur Philippe Gilliéron pour sa disponibilité et sa relecture attentive du présent travail, ainsi que pour ses observations pertinentes et précieuses.

TABLE DES MATIERES

1.	Introduction.....	1
2.	Introduction générale sur le droit d’auteur.....	2
3.	La plateforme interactive	5
3.1.	Les différents intermédiaires d’Internet.....	5
3.1.1.	La notion d’intermédiaire	5
3.1.2.	Les fournisseurs de services (ou intermédiaires techniques).....	6
3.1.2.1.	Le fournisseur d’accès	6
3.1.2.2.	Le fournisseur d’hébergement	7
3.1.2.3.	Les moteurs de recherche.....	7
3.1.3.	Les fournisseurs de contenus	8
3.2.	Une proposition de définition de la plateforme interactive	8
4.	Les principaux régimes légaux de responsabilité	10
4.1.	Deux approches différentes de régulation.....	10
4.2.	Un aperçu des régimes de responsabilité	10
4.2.1.	La responsabilité totale	10
4.2.2.	L’immunité totale	11
4.2.3.	La responsabilité limitée.....	11
4.3.	Les États-Unis	12
4.3.1.	La responsabilité des intermédiaires avant une législation spécifique	12
4.3.2.	Le Communications Decency Act.....	12
4.3.3.	Le Digital Millennium Copyright Act.....	13
4.3.3.1.	En général	13
4.3.3.2.	La responsabilité des intermédiaires.....	14
4.3.3.3.	La procédure d’avis et de retrait de contenu illicite du DMCA ou « notice and takedown procedure ».....	15
4.4.	L’Union européenne	17
4.4.1.	La responsabilité avant la directive sur le commerce électronique	17
4.4.1.1.	En Allemagne.....	17
4.4.1.2.	En France	18
4.4.1.3.	Au Royaume-Uni	18
4.4.1.4.	Aux Pays-Bas.....	19
4.4.2.	La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique	19
4.4.2.1.	En général	19
4.4.2.2.	Le régime de responsabilité de la directive.....	20
4.5.	L’Australie	22
4.6.	Le Canada	23
4.7.	La Suisse	25
4.8.	Quelques autres pays.....	27
4.9.	Résumé.....	28
5.	L’évolution des régimes de responsabilité.....	30

5.1.	Le régime « avis et avis » ou « notice and notice »	30
5.2.	La réponse graduée ou « notice and disconnection »	30
5.3.	Le blocage et le filtrage des sites web	31
6.	L'application des régimes aux plateformes interactives	33
6.1.	Les droits concernés.....	33
6.2.	Le peer-to-peer (P2P) et le BitTorrent	34
6.2.1.	Introduction	34
6.2.2.	Les « P2P leading cases » américains	35
6.2.3.	Kazaa aux Pays-Bas et en Australie	37
6.2.4.	Le P2P en Suisse.....	38
6.2.5.	BitTorrent et The Pirate Bay	38
6.2.6.	L'éligibilité pour les safe harbors	40
6.3.	Les plateformes d'hébergement de fichiers	42
6.3.1.	Introduction	42
6.3.2.	Les plateformes d'hébergement de fichiers stricto sensu	43
6.3.3.	Les plateformes d'hébergement de vidéos	45
6.3.4.	Les plateformes d'hébergement de vidéos et les accords de licence.....	48
6.3.5.	Vers une évolution des obligations des hébergeurs	49
6.4.	Les plateformes de compilation d'actualités.....	49
6.5.	Les plateformes de recherche du contenu de livres	52
6.6.	Les plateformes de ventes aux enchères	54
6.7.	Quelques plateformes participatives	55
6.7.1.	Les forums et les blogs	55
6.7.2.	Les encyclopédies en ligne	57
6.7.3.	Les réseaux sociaux	58
6.8.	Quelques autres plateformes interactives.....	59
6.8.1.	Les plateformes de chat	59
6.8.2.	Les mondes virtuels	59
7.	Conclusion	60
8.	Table des abréviations utilisées	62
9.	Bibliographie.....	64
10.	Table de la jurisprudence citée (par ordre alphabétique).....	67

« Un droit n'est jamais que l'autre aspect d'un devoir. »

JEAN-PAUL SARTRE

*« La responsabilité aime bien son confort,
elle repose volontiers sur ceux qui sont intouchables. »*

STANISLAW JERZY LEC

1. Introduction

Internet a constitué une révolution majeure dans la communication et le partage d'informations, d'idées et de données. Cependant, ces contenus doivent être stockés puis acheminés vers les internautes de toute la planète, ce qui nécessite une importante infrastructure et une multitude d'acteurs, regroupés sous le terme « intermédiaires ». Les contenus ou services qu'ils offrent (par exemple sous la forme de plateformes interactives) permettent aux internautes d'échanger et de partager des données, parfois de manière illégale.

Depuis plusieurs années, le consommateur a changé de rôle : d'abord passif et simple récepteur des informations publiées par des professionnels, il est désormais actif et fournit lui-même des informations et autres contenus, grâce aux outils et services des intermédiaires. A un point qu'on n'avait jamais imaginé jusqu'alors, Internet a facilité la distribution et la mise à disposition de ces contenus, permettant également de commettre des infractions au droit d'auteur à l'échelon mondial. La législation sur le droit d'auteur a dû être étendue pour protéger les ayants droits ainsi que les intermédiaires.

Le statut de ces derniers a été débattu et des solutions ont dû être trouvées face à deux grands problèmes auxquels ils ont fait face avec les ayants droit : d'abord le téléchargement illégal de contenus protégés par le droit d'auteur (musique, films, photos, etc.), puis la mise à disposition de contenus générés ou médiatisés directement les internautes. En effet, le droit ne permettait pas de contrôler ces activités et manquait d'efficacité. De plus, il semblait injuste d'accuser les intermédiaires alors que, la plupart du temps, ils n'étaient même pas au courant de l'infraction. Qui accuserait la poste d'avoir fait son travail en stockant puis acheminant un colis dont le contenu était une contrefaçon, contenu qu'elle n'est pas censée contrôler ?

Conscients du problème, de nombreux Etats s'en sont saisis dans les années 2000 et ont défini des régimes de limitation de la responsabilité de ces intermédiaires contre les contenus des tiers. Seulement, Internet et les intermédiaires ont évolué plus vite que le droit et de nouvelles questions ont surgi avec le développement d'Internet et l'apparition de nouveaux intermédiaires qui cumulent les activités, demandant de redéfinir les catégories définies à l'époque.

Le but de ce mémoire sera de dégager quelques aspects liés à la responsabilité des plateformes interactives en regard du droit d'auteur, dans différentes juridictions, et en regard de solutions juridiques antérieures. Pour ce faire, nous procéderons à une sorte de syllogisme juridique. Nous commencerons par un rapide rappel sur le droit d'auteur, puis nous définirons ce qu'est une « plateforme interactive ». Ensuite, nous détaillerons les principaux instruments que les Etats ont mis en place pour protéger ces plateformes, après quoi nous donnerons quelques exemples d'autres instruments récemment mis en œuvre. Alors seulement nous explorerons le régime applicable à différentes plateformes bien connues des internautes, au travers des décisions des tribunaux et de nos propres déductions.

Il est important toutefois de rappeler que la question de la responsabilité des intermédiaires ne concerne pas que le droit d'auteur et qu'elle s'inscrit dans un environnement bien plus vaste, allant du droit pénal jusqu'au droit des marques, en passant par le droit de la personnalité. Ces aspects ne faisant pas directement partie du sujet du présent travail, nous les tiendrons à l'écart dans la mesure du possible.

2. Introduction générale sur le droit d'auteur

Avant de traiter le sujet du présent mémoire, il peut s'avérer opportun de faire un rappel succinct sur le droit d'auteur en Suisse, en particulier pour cerner les droits qu'un auteur détient sur son œuvre et déterminer comment celle-ci est protégée.

Selon la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA, ci-après, loi sur le droit d'auteur), est protégée toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel¹. Par ailleurs, la loi énumère² à titre exemplatif plusieurs catégories d'œuvres protégées, dont les œuvres musicales³ et les logiciels⁴.

TROLLER précise que « [l']auteur engendre l'œuvre dans son esprit ; l'œuvre est ainsi une création intellectuelle⁵ ». Le Tribunal fédéral ajoute qu'une œuvre doit être l'expression de la pensée humaine⁶. Toutefois, il n'exige pas une intense activité de l'esprit, celle-ci pouvant être faible⁷. Encore faut-il que la création de l'esprit représente quelque chose d'individuel ; à cet égard, il suffit que l'œuvre présente un caractère individuel se distinguant de ce qui était connu jusque-là ; le degré de nouveauté peut être faible⁸. Pour apprécier le caractère individuel d'une œuvre et déterminer si le résultat de l'activité intellectuelle est digne de protection, le Tribunal fédéral a formulé une condition : « [c]e qui compte, ce n'est pas tant la nouveauté que l'originalité : la création de quelque chose d'original, ayant son cachet propre et constituant le produit d'une idée créatrice personnelle. Que cette création corresponde au sentiment esthétique de quelques-uns ou du grand nombre, cela n'est pas décisif⁹ ». Le droit actuel n'exige plus une marque de la personnalité de l'auteur, c'est-à-dire son empreinte personnelle¹⁰. Le Professeur Max Kummer avait dégagé le critère de l'unicité statistique, impliquant pour les tribunaux de se poser la question suivante pour vérifier s'il existe une autre œuvre identique ou similaire : existe-t-il une probabilité statistique que l'œuvre soit unique¹¹ ? Toutefois, cette théorie n'a pas été suivie par le Tribunal fédéral¹² ou d'autres tribunaux suisses.

Contrairement aux marques¹³ ou aux raisons de commerce¹⁴, il n'existe pas d'exigence formelle pour bénéficier de la protection de la loi sur le droit d'auteur¹⁵. Il n'est pas nécessaire ni possible de déposer une œuvre auprès d'un office ou d'en enregistrer les droits¹⁶. L'œuvre est protégée dès sa création¹⁷

¹ Art. 2 al. 1 LDA ; voir également l'art. 2 al. 1 CB.

² Art. 2 al. 2 LDA ; voir également l'art. 2 al. 1 CB.

³ Art. 2 al. 2 lit. b LDA.

⁴ Art. 2 al. 3 LDA ; voir également l'art. 10 ADPIC.

⁵ TROLLER, p. 243, § 19, sect. 1.1.

⁶ ATF 130 III 168 (p. 272s) ; « Als geistige Schöpfung muss das Werk auf menschlichem Willen beruhen; es muss Ausdruck einer Gedankenäusserung sein ».

⁷ ATF 59 II 401 (p. 405) ; « [...] an das Mass der geistigen Tätigkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden, sondern dass schon beim Vorliegen eines äusserst geringen Grades von selbständiger geistiger Tätigkeit der urheberrechtliche Schutz gewährt wird ».

⁸ BARRELET/EGLOFF, p. 13, n° 6.

⁹ ATF 76 II 97 (p. 100).

¹⁰ BARRELET/EGLOFF, p. 14, n° 8 ; TROLLER, p. 253.

¹¹ DESSEMONTET, propriété, p. 51.

¹² Voir par ex. ATF 117 II 466 (JT 1992 I 387, p. 388) : « Le caractère individuel qui est exigé dépend bien plutôt de la liberté de création dont dispose l'auteur ; si la nature de l'objet ne lui laisse que peu de marge de manœuvre, la protection du droit d'auteur sera accordée même s'il n'y a qu'un faible degré d'activité créatrice ».

¹³ Art. 5 et 6 LPM.

¹⁴ Art. 956 CO.

¹⁵ Art. 5 al. 2, 1^{ère} phrase CB : « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ».

¹⁶ DESSEMONTET, propriété, p. 49, n° 52.

¹⁷ Art. 29 al. 1 LDA.

pour autant qu'elle remplisse les exigences légales de la protection. Concernant les droits voisins¹⁸, la protection commence avec l'exécution de l'œuvre ou de l'expression du folklore de l'œuvre par l'artiste interprète, avec la publication du phonogramme ou du vidéogramme, ou avec sa confection s'il n'a pas fait l'objet d'une publication, ou avec la diffusion de l'émission¹⁹.

Sans ambiguïté, la loi définit l'auteur comme la personne physique qui a créé l'œuvre²⁰. Une personne morale ne peut ainsi être auteure d'une œuvre, bien qu'elle puisse acquérir des droits d'auteur au moyen d'un contrat de cession²¹. La seule acceptation provient des logiciels²². Une personne morale n'est pas considérée comme auteure dans le cas où elle favorise la création d'une œuvre par du mécénat ou des investissements, même élevés²³. Lorsque plusieurs personnes collaborent à la création d'une œuvre commune, elles sont réputées coauteurs de la création²⁴.

La protection prend fin cinquante ans après le décès de l'auteur pour les logiciels, et septante ans après le décès de l'auteur pour toutes les autres œuvres²⁵.

L'auteur d'une œuvre protégée bénéficie d'un certain nombre de droits exclusifs, dont les droits moraux et patrimoniaux.

Les droits moraux comprennent le droit à la paternité de l'œuvre (soit le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur²⁶), le droit de divulgation (c'est-à-dire le droit de choisir si, quand, de quelle manière et sous quel nom son œuvre sera divulguée²⁷), et le droit à l'intégrité de l'œuvre (à savoir le droit de décider si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée, utilisée pour créer une œuvre dérivée ou incorporée dans un recueil²⁸).

Les droits patrimoniaux s'attachent à l'utilisation qui peut être faite de l'œuvre. Ainsi, l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée²⁹. La loi énumère une liste non exhaustive des différents droits dont jouit l'auteur³⁰, notamment le droit de reproduction, de représentation, d'adaptation, de traduction, de diffusion, de retransmission, etc. L'auteur d'un logiciel a en outre le droit exclusif de le louer³¹.

Il existe une kyrielle de restrictions³² à ces droits, parmi lesquelles on trouve l'utilisation à des fins privées d'une œuvre divulguée³³, la non-rémunération de l'auteur en cas d'utilisation de son œuvre à des fins personnelles³⁴ (exception faite de la redevance sur les supports vierges, notamment), l'utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues³⁵, la copie d'une œuvre pour en assurer la conservation³⁶, la citation d'une œuvre divulguée³⁷ (si cela sert de

¹⁸ Art. 33 à 39 LDA ; les droits voisins ont trait aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes et des organismes de diffusion.

¹⁹ Art. 39 LDA.

²⁰ Art. 6 LDA ; l'art. 393 CO constitue une exception au principe de l'art. 6 LDA.

²¹ DESSEMONTET, propriété, pp. 62 ss.

²² Art. 17 LDA.

²³ DESSEMONTET, propriété, p. 56, n° 65.

²⁴ Art. 7 LDA.

²⁵ Art. 29 al. 2 LDA, et art. 30 al. 1 LDA en cas de pluralité d'auteurs.

²⁶ Art. 9 al. 1 *in fine* LDA.

²⁷ Art. 9 al. 2 et 3 LDA.

²⁸ Art. 11 al. 1 et 2 LDA.

²⁹ Art. 10 al. 1 LDA.

³⁰ Art. 10 al. 2 LDA.

³¹ Art. 10 al. 3 LDA.

³² Art. 19 à 28 LDA, et art. 11 al. 3 LDA.

³³ Art. 19 al. 1 lit. a LDA.

³⁴ Art. 20 al. 1 LDA.

³⁵ Art. 11 al. 3 LDA.

³⁶ Art. 24 al. 1 LDA.

commentaire, de référence ou de démonstration et si l'emploi de la citation justifie l'étendue de cette dernière).

La loi sur le droit d'auteur traite également des droits voisins au droit d'auteur, à savoir les droits conférés aux artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes ainsi que des organismes de diffusion³⁸. Nous procéderons ici à un aperçu de ces droits voisins.

L'artiste interprète est la personne physique qui exécute une œuvre ou une expression du folklore ou qui participe sur le plan artistique à une telle exécution³⁹. Il jouit de plusieurs droits exclusifs, dont le catalogue est exhaustif contrairement à celui de l'auteur⁴⁰.

Le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes a le droit exclusif de reproduire les enregistrements et de proposer au public, d'aliéner ou de mettre en circulation de quelque autre manière les exemplaires reproduits, de mettre à disposition les enregistrements, par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement⁴¹. Il peut également prétendre à une part équitable de la rémunération due à l'artiste interprète⁴².

L'organisme de diffusion dispose de cinq droits exclusifs : (1) retransmettre son émission, (2) faire voir ou entendre son émission, (3) fixer son émission sur des phonogrammes, vidéogrammes ou autres supports de données et reproduire de tels enregistrements, (4) proposer au public, aliéner ou, de quelque autre manière, mettre en circulation les exemplaires de son émission, et (5) mettre à disposition son émission, par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement⁴³.

La protection des droits voisins commence avec l'exécution de l'œuvre ou de l'expression du folklore de l'œuvre par l'artiste interprète, avec la publication du phonogramme ou du vidéogramme, ou avec sa confection s'il n'a pas fait l'objet d'une publication, ou avec la diffusion de l'émission. Elle prend fin après cinquante ans⁴⁴.

³⁷ Art. 25 al. 1 LDA.

³⁸ Art. 1 al. 1 lit. b LDA.

³⁹ Art. 33 al. 1 LDA ; il est à noter qu'il n'est pas évident de déterminer si le folklore constitue une œuvre protégée par la LDA (par ex., la prestation d'un lanceur de drapeau est protégée).

⁴⁰ Art. 33 al. 2 LDA (comp. art. 10 al. 2 LDA) et art. 33a al. 1 LDA ; BARRLET/EGLOFF, p. 224, n° 14 (« Im Gegensatz zu den Rechten der Urheberinnen und Urheber ist der Rechtekatalog in Art. 33 abschließend »).

⁴¹ Art. 36 LDA.

⁴² Art. 35 al. 2 LDA.

⁴³ Art. 37 LDA.

⁴⁴ Art. 39 al. 1 LDA.

3. La plateforme interactive

Il n'existe pas de définition précise d'une plateforme⁴⁵ interactive sur Internet. Avant d'aller plus loin, il convient de définir ce qu'est une plateforme dans le milieu numérique, puis de cerner la notion d'interactivité. Pour ce faire, nous déduirons cette définition de celles d'autres acteurs d'Internet, appelés intermédiaires.

3.1. LES DIFFERENTS INTERMEDIAIRES D'INTERNET

Pour pouvoir analyser la responsabilité d'une plateforme interactive, il faut tout d'abord se pencher sur les intermédiaires d'Internet, dont le statut juridique face aux infractions du droit d'auteur a d'ailleurs évolué au fil du temps, comme nous le verrons plus loin.

En effet, si une plateforme interactive peut revêtir plusieurs formes sur Internet, il en est de même pour les personnes physiques ou morales les exploitant. Nous distinguerons essentiellement deux catégories d'intermédiaires : les fournisseurs de contenus et les fournisseurs de services (ou intermédiaires techniques). Mais avant cela, nous nous attarderons sur la notion d'intermédiaire dont l'importance est fondamentale, tant sur les plans technique que légal.

3.1.1. La notion d'intermédiaire

L'OCDE donne la définition suivante de l'intermédiaire sur Internet : « [I]es intermédiaires Internet mettent en contact des tierces parties ou facilitent des transactions entre elles sur Internet. Ils rendent accessibles, hébergent, transmettent et indexent sur Internet des contenus, produits et services provenant de tierces parties ou fournissent à des tierces parties des services reposant sur Internet⁴⁶ ».

Elle liste aussi quelques exemples d'intermédiaires qui « sont principalement issus du secteur des entreprises, bien qu'il existe un nombre de plus en plus important de plateformes sociales⁴⁷ ». Ainsi, selon l'OCDE, sont des intermédiaires :

- les fournisseurs d'accès et de services Internet (FAI) ;
- les fournisseurs de traitement de données et d'hébergement Web, y compris les registraires de noms de domaine ;
- les moteurs et portails de recherche Internet ;
- les intermédiaires du commerce électronique [...] ;
- les systèmes de paiement sur l'Internet ; et
- les plateformes participatives, comprenant les plateformes d'édition et de diffusion.

Aux États-Unis, le *Communications Decency Act* (CDA) de 1996 ne donne pas de définition générale de l'intermédiaire, à l'inverse de la section 512 du *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998. Cette section précise qu'un *service provider* (prestataire de service) est « une entité qui offre la transmission, l'acheminement ou la fourniture de connexions pour les communications numériques en ligne, entre ou parmi des points précisés par un utilisateur, de contenu choisi par l'utilisateur, sans modification du contenu envoyé ou reçu⁴⁸ » ou, de manière générale, « un fournisseur de services en ligne ou d'accès au réseau, ou l'exploitant d'installations pour ces motifs⁴⁹ ».

⁴⁵ « Plateforme » peut s'écrire également « plate-forme ». Nous n'utiliserons ici que la graphie rectifiée, sans trait d'union.

⁴⁶ OCDE, p. 20.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (A) : « [...] the term 'service provider' means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received ».

⁴⁹ 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (B) : « [...] the term 'service provider' means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor [...] ».

En Europe, la directive 2000/31/CE (« directive sur le commerce électronique ») définit le prestataire comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information⁵⁰ ». Ce *service de la société de l'information* est précisé par la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE, qui indique qu'est un tel service « [...] tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services⁵¹ ».

En France, l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) de 2004 donne l'information suivante : « [...] une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services [...] tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent [...] ».

Ces quelques exemples montrent qu'un consensus s'est dégagé autour de la conception légale de l'intermédiaire sur Internet. Elle regroupe tant les intermédiaires techniques que les fournisseurs de contenu, auxquels sont dédiées les deux sections ci-dessous. On retiendra de cet aperçu qu'un intermédiaire a en principe un rôle purement technique ou, à l'inverse, entièrement éditorial. Néanmoins, ces deux rôles convergent souvent pour donner naissance à des intermédiaires qui fournissent, par exemple, un accès à Internet ainsi qu'un portail d'actualités, ce qui ne devrait pas poser de problème pour déterminer leur responsabilité, leurs activités étant suffisamment distinctes.

3.1.2. *Les fournisseurs de services (ou intermédiaires techniques)*

3.1.2.1. Le fournisseur d'accès

En droit suisse⁵², un fournisseur d'accès à Internet est « le fournisseur de services de télécommunication ou le secteur d'un fournisseur de services de télécommunication qui offre une prestation publique de transmission d'informations sur la base de la technologie IP (protocole du réseau internet [Internet Protocol]) et d'adresses IP ». En d'autres termes, un fournisseur d'accès offre à ses clients la possibilité de se connecter à d'autres fournisseurs de service ou de contenu⁵³ au moyen du réseau. Le fournisseur d'accès a un rôle technique se limitant en principe exclusivement à la transmission des données transitant sur Internet.

La définition légale n'est pas sensiblement différente en Europe. Ainsi, la directive sur le commerce électronique indique que le fournisseur d'accès exerce une activité visant à « transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication⁵⁴ ». En France, la LCEN désigne comme fournisseurs d'accès « [l]es personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne⁵⁵ ».

Aux États-Unis, il est à noter que le DMCA ne se positionne pas précisément puisqu'il adopte une conception unique⁵⁶ pour les *service providers* dont font partie les différents intermédiaires analysés ici.

Le contrat liant un fournisseur d'accès à ses clients est un contrat de fourniture d'accès. Il consiste en un « contrat de prestation de services par lequel le prestataire (le fournisseur d'accès) confère à son abonné l'accès au réseau, gratuitement ou contre rémunération⁵⁷ ».

⁵⁰ Art. 2 lit. b Directive 2000/31/CE.

⁵¹ Art. 1 al. 2 Directive 98/34/CE.

⁵² Chiffre 1 de l'annexe à l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT).

⁵³ FERAL-SCHUHL, p. 512, n° 113.11.

⁵⁴ Art. 12 al. 1 Directive 2000/31/CE.

⁵⁵ Art. 6-I-1 LCEN.

⁵⁶ Cf. *supra* 3.1.1 et note 48.

3.1.2.2. Le fournisseur d'hébergement

Le droit suisse ne donne pas de définition du fournisseur d'hébergement, toutefois on en retrouve la notion dans plusieurs documents officiels du Département fédéral de justice et police (DFJP). Ainsi, un fournisseur d'hébergement est un « prestataire mettant une capacité de mémoire à la disposition de ses clients sur un serveur⁵⁸ ».

En France, la LCEN fournit plus de précisions. Les fournisseurs d'hébergement sont « [l]es 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 services⁵⁹ ». Selon le Tribunal de grande instance de Nanterre, l'hébergement est une « prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter⁶⁰ ».

Au niveau européen, la directive sur le commerce électronique indique qu'un hébergeur fournit un service « consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service⁶¹ ».

Le contrat liant le fournisseur d'hébergement et ses clients est un contrat d'hébergement. Il consiste en un « contrat de prestations de services par lequel le prestataire (l'hébergeur) remet à son abonné (l'hébergé) une partie des ressources de ses machines espaces disques durs et capacité de traitement en temps machine⁶² ». On peut y voir une similitude avec le contrat de bail.

3.1.2.3. Les moteurs de recherche

Indispensables au fonctionnement du web et à son développement, les moteurs de recherche (comme Google) permettent de localiser des informations en fournissant (en principe) le lien hypertexte⁶³ pointant vers l'information. Sans les moteurs de recherches, les informations disponibles seraient invisibles, à moins de connaître au préalable leur localisation, ce qui s'avère impossible au vu de l'expansion du réseau. Bien qu'essentiels au web, on ne peut les voir comme des intermédiaires techniques *stricto sensu* : ils ne sont pas indispensables au réseau en lui-même (Internet) mais ils doivent plutôt être considérés comme des outils nécessaires au web.

À ce stade, il est nécessaire de distinguer deux types de moteurs de recherche, leur responsabilité éventuelle étant différenciée. Le moteur de recherche à proprement parler utilise un procédé automatisé pour indexer les sites et informations sur Internet ; un logiciel appelé « robot » se charge de cette tâche exploratrice. L'annuaire, à l'inverse, nécessite une intervention humaine ; ce sont les éditeurs de l'annuaire qui recherchent et répertorient les sites et informations en fonction de leur contenu⁶⁴.

Là encore, le droit suisse ne fournit pas de définition. La directive sur le commerce électronique reste aussi muette sur le sujet (ce qui n'empêche pas les États membres de légiférer dans le domaine). Le DMCA ne nous donne pas plus d'indications, bien qu'il consacre une section entière aux moteurs de recherche et à leur régime de responsabilité⁶⁵.

⁵⁷ GILLIERON, Internet, p. 213, n° 296.

⁵⁸ Rapport de la commission d'experts « Cybercriminalité », DFJP, Berne, juin 2003.

⁵⁹ Art. 6-I-2 LCEN.

⁶⁰ *Lynda Lacoste c. Multimania et autres*, TGI Nanterre, 8 décembre 1999.

⁶¹ Art. 14 al. 1 Directive 2000/31/CE.

⁶² GILLIERON, Internet, p. 212, n° 295.

⁶³ Selon VERBIEST/WERY (p. 154, n° 292), les liens hypertextes sont une « indication interactive de la coordonnée d'une page web, d'une image, d'un endroit spécifique à l'intérieur d'une page web ou de tout autre document numérisé ». D'un point de vue technique, le lien est une balise sous forme de code HTML indiquant l'adresse web (URL) de la page ou de la cible à atteindre.

⁶⁴ GILLIERON, Internet, p. 220, n° 308.

⁶⁵ 17 U.S.C. § 512 (d).

3.1.3. Les fournisseurs de contenus

Il n'y a pas de définition du fournisseur ou éditeur de contenu dans les différentes normes légales mentionnées jusqu'ici. On retiendra que la notion désigne, en principe, une « personne physique ou morale qui, à titre professionnel ou non, édite et met en ligne de l'information, au sens le plus large du terme, à destination des internautes, en la publiant sur son site Internet⁶⁶ ».

Ainsi, une personne gestionnaire d'un forum de discussion et exerçant un contrôle sur le contenu qui y est posté bénéficie en général du statut d'éditeur. On peut aussi lui appliquer le statut d'hébergeur notamment si son activité ne se limite qu'au stockage de contenus fournis par un destinataire du service⁶⁷. Quant au blog, son propriétaire n'est en principe pas limité à un rôle technique ; dans la mesure où il met à disposition un lieu pour s'exprimer, dans lequel il joue un rôle actif, on devrait pouvoir lui appliquer le statut d'éditeur⁶⁸. À l'instar du gestionnaire d'un forum de discussion, il est possible de lui reconnaître un statut d'hébergeur à certaines conditions (cf. *infra* 6.7.1).

3.2. UNE PROPOSITION DE DEFINITION DE LA PLATEFORME INTERACTIVE

Le terme « plateforme », quels que soient le dictionnaire⁶⁹ ou la référence⁷⁰ consultés, se réfère invariablement à un support plat ou à une surface plane, horizontale, en général surélevée, destinée à recevoir certains matériels, équipements ou installations (par exemple, une plateforme de chargement, une plateforme de tir).

En informatique, une plateforme désigne en principe un « ensemble spécifique de ressources matérielles et logicielles⁷¹ », c'est-à-dire un ordinateur accompagné de son système d'exploitation (Windows, Mac OS, Linux).

Ces quelques exemples permettent de mieux saisir l'analogie qui existe entre la notion de plateforme et celle de plateforme numérique. Aussi pouvons-nous déjà déduire qu'une plateforme numérique consiste en un service proposé aux utilisateurs, basé sur des serveurs informatiques où sont stockées des données permettant notamment le partage et la diffusion de contenus. Les exemples étant nombreux, nous n'en énumérerons que quelques-uns des plus connus. Ainsi,

- un site web permettant d'écouter et/ou de télécharger de la musique est une « plateforme de musique en ligne⁷² » ;
- un site web publiant régulièrement des actualités et permettant éventuellement à ses lecteurs d'y réagir peut être considéré comme une « plateforme d'actualités⁷³ » ;
- un logiciel de messagerie instantanée permettant à une multitude de personnes de s'y connecter et de discuter (« chatter ») est une « plateforme de discussion⁷⁴ » ;
- un site web consistant notamment à publier et partager des informations (privées ou non) est une « plateforme de partage et de diffusion⁷⁵ » ;
- un logiciel servant à partager des fichiers est une « plateforme d'échange de fichiers⁷⁶ » ;
- un site web permettant d'héberger puis de télécharger des fichiers est une « plateforme d'hébergement de fichiers⁷⁷ ».

⁶⁶ FERAL-SCHUHL, p. 549, n° 121.11.

⁶⁷ FERAL-SCHUHL, pp. 573 ss, n° 123.11 ss.

⁶⁸ FERAL-SCHUHL, pp. 579 ss, n° 124.11 ss.

⁶⁹ LE PETIT ROBERT DE LA LANGUE FRANÇAISE, édition 2012 (version électronique).

⁷⁰ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr>.

⁷¹ Définition tirée du logiciel *Antidote*, version HD v6, <http://www.druides.com/antidote.html>.

⁷² Par ex. *Spotify*, <http://www.spotify.com>.

⁷³ Par ex. *Clubic*, <http://www.clubic.com>.

⁷⁴ Par ex. *IRC*, http://fr.wikipedia.org/wiki/Internet_Relay_Chat.

⁷⁵ Par ex. *Wikipedia*, <http://fr.wikipedia.org>.

⁷⁶ Par ex. *eMule* : <http://www.emule-project.net>.

Dans le domaine informatique, on qualifie l'interactivité comme l'« activité de dialogue entre l'utilisateur d'un système informatique et la machine, par l'écran⁷⁸ ». L'interactivité sur Internet s'apparente à un dialogue entre une personne et un ordinateur, ce dernier exécutant les commandes réalisées par la première ; elle s'oppose donc à la passivité d'un individu qui, par exemple, lit un journal, écoute la radio ou assiste à une pièce de théâtre, activités qui ressemblent à un monologue dont il n'est que le récepteur de l'information. L'interactivité implique que l'utilisateur de la plateforme a la possibilité d'agir et de choisir le contenu à afficher ; suivant les cas, il dispose aussi de la capacité d'en modifier le contenu, dans une certaine mesure autorisée par la plateforme (par exemple, par l'ajout d'informations sous la forme de textes, images, sons, vidéos, etc.).

L'expression « plateforme interactive » pourrait être remplacée par « plateforme 2.0 » en référence à l'évolution du Web⁷⁹. Avant les années 2000, celui-ci était peu participatif, voire même statique. Les utilisateurs n'avaient en principe qu'un rôle passif de consultation. Après 2000 et l'émergence de nouveaux services, l'utilisateur se trouve au centre du Web. Le contenu prend une place de plus en plus importante, en particulier grâce à la participation de plus en plus active des utilisateurs. Cette participation implique nécessairement la notion d'interactivité ; pour participer, les utilisateurs ont besoin de plateformes leur permettant de prendre part à l'élaboration de l'information.

Pour conclure, nous pouvons donc définir la plateforme interactive comme suit :

Une plateforme interactive est un site web (accessible depuis un navigateur) ou un logiciel (se connectant à un service disponible sur Internet) permettant aux utilisateurs d'interagir avec des personnes, des informations, des outils, etc. pour modifier ou ajouter du contenu (privé ou non), notamment dans le but de le stocker en vue d'une utilisation future ou de le partager avec d'autres personnes.

À ce stade, il devient clair que la responsabilité d'une plateforme interactive dépendra de sa qualification juridique. Est-elle éditrice ? Héberge-t-elle simplement du contenu ? Fait-elle les deux ? Joue-t-elle un rôle de courtier ? Et quelle diligence peut-on attendre d'elle ? Autant de questions auxquelles nous tenterons de répondre au chapitre 6 ci-dessous, lequel nous permettra mieux discerner la manière dont les tribunaux se sont saisis de la matière.

Nous attirons l'attention du lecteur sur l'ambiguïté des termes « plateforme » et « intermédiaire » à laquelle il pourrait faire face. Tout au long de ce mémoire, nous utiliserons le terme intermédiaire en référence à la personne physique ou morale mettant ou pouvant mettre à disposition une plateforme, puisque seule la personne physique ou morale exploitant une plateforme peut voir sa responsabilité engagée du fait de son exploitation. Pour cette raison, nous nous attarderons sur la responsabilité des intermédiaires, avant de nous concentrer sur les implications des plateformes interactives elles-mêmes.

⁷⁷ Par ex. *RapidShare* : <https://www.rapidshare.com>.

⁷⁸ LE PETIT ROBERT DE LA LANGUE FRANÇAISE, édition 2012 (version électronique).

⁷⁹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0.

4. Les principaux régimes légaux de responsabilité

Il convient maintenant de broser un panorama du droit applicable à la responsabilité des intermédiaires sur Internet. Nous étudierons ici plusieurs cadres légaux, notamment américain, européen et suisse, dans la mesure où les deux premiers ont une importance didactique indéniable pour le présent mémoire. Nous ferons aussi quelques incursions dans d'autres droits afin d'illustrer leur approche de la problématique. Auparavant, nous aborderons la manière dont les États se sont saisis de la matière, nous procéderons à une rapide vue d'ensemble des différents régimes de responsabilité envisageables, et nous ferons une analyse historique des événements judiciaires menant à l'adoption de législations spécifiques.

4.1. DEUX APPROCHES DIFFÉRENTES DE REGULATION

Les États-Unis et l'Union européenne ont choisi deux méthodes différentes pour légiférer dans le domaine de la responsabilité des intermédiaires⁸⁰.

L'approche verticale de régulation a été adoptée aux États-Unis. Cela signifie que le droit détermine des règles spécifiques pour des domaines ou contenus distincts (par ex. le droit pénal, la propriété intellectuelle, la protection des données, etc.). Il existe deux régimes séparés d'immunité : l'un concerne tous les domaines du droit à l'exclusion de la propriété intellectuelle, l'autre uniquement le droit d'auteur. Le premier se trouve dans le *Communications Decency Act*, le second dans le *Digital Millennium Copyright Act*. Ces deux textes seront détaillés au point 4.3 ci-dessous.

D'autres pays ont également choisi cette approche verticale, notamment la Chine qui, aux articles 20 et suivants des *Regulations on the Protection of the Right to Network Dissemination of Information* de 2006, exempte en principe de toute responsabilité les « fournisseurs de service réseau » (*network service providers*) qui hébergeraient des contenus illicites, notamment des contenus contrefaisants.

L'Union européenne, au contraire, a adopté une approche horizontale dans la directive sur le commerce électronique (cf. *infra* 4.4.2). Cela signifie que la directive traite de la responsabilité des intermédiaires sans expliciter les domaines du droit ni les contenus concernés (à l'exception de quelques exemptions expressément mentionnées, notamment concernant la protection des données). Pour autant que les intermédiaires répondent à certains critères, ils seront exemptés de toute responsabilité civile et pénale pour les actes de tiers.

De manière similaire, l'Inde a employé un régime générique à l'art. 79 de l'*Information Technology Act* de 2000, modifié en 2008. Il déclare ainsi qu'aucun « fournisseur de service réseau » (*network service provider*) ne doit être tenu responsable pour le contenu des tiers ou pour des informations rendues accessibles par lui s'il prouve qu'il n'en avait pas connaissance et qu'il a fait preuve de diligence. Aucun domaine du droit ou contenu précis n'est explicité dans cette disposition.

4.2. UN APERÇU DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ

WAELE et EDWARDS⁸¹ divisent les régimes légaux de responsabilité des intermédiaires sur Internet en trois catégories : la responsabilité totale, l'immunité totale et la responsabilité limitée.

4.2.1. La responsabilité totale

Ce régime implique que les intermédiaires sont aussi responsables que leurs clients pour les contenus illégaux qu'ils rendent disponibles ou transmettent. Cela signifie que les intermédiaires peuvent être actionnés directement par les ayants droit, à moins qu'ils ne bloquent les contenus indésirables. Les intermédiaires joueraient un rôle de gardien, et bloqueraient des données ou informations sous peine d'être sanctionnés. Techniquement, une telle solution serait difficilement réalisable (bien que la Chine

⁸⁰ EDWARDS, p. 7.

⁸¹ WAELE/EDWARDS, pp. 19 ss.

y soit parvenue, sans être pourtant capable de tout filtrer⁸²) et équivaldrait à une atteinte insoutenable à la liberté d'expression. En effet, on autoriserait des sociétés privées à censurer certaines informations spontanément ; si elles ne le font pas, ces sociétés n'auraient aucun moyen de défense face à une éventuelle action en justice des ayants droit. Au vu de la quantité de données circulant chaque jour sur le réseau, il serait absolument indispensable d'automatiser le contrôle des données et de les comparer, en temps réel, à toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur. À l'heure actuelle, et à moyen terme, il semble qu'aucun prestataire de service ne peut se doter d'une technologie – pour autant qu'elle existe – permettant de réaliser cette tâche. De plus, il ne revient pas à un logiciel de déterminer la responsabilité légale d'une personne⁸³.

L'Australie avait tenté une telle approche⁸⁴, en 1999, dans le cadre de la révision du *Broadcasting Services Act* de 1992. Cette révision n'a pas été acceptée telle que proposée, et a été amendée pour retirer, entre autres, l'obligation pour les intermédiaires sur Internet de bloquer à des adultes l'accès à des contenus se trouvant en dehors des frontières australiennes sous peine d'amende⁸⁵.

4.2.2. L'immunité totale

Cette conception vise à garantir aux prestataires de services sur Internet une immunité totale en relation avec les informations et données qu'ils acheminent. Ils seraient donc inattaquables pour le transport de contenus illégaux provenant de personnes tierces.

L'exemple type provient du CDA (cf. *infra* 4.3.2). Celui-ci cherchait à interdire la publication de paroles obscènes ou indécentes si elles pouvaient être accessibles à des personnes mineures. Pour ce faire, il aurait fallu faire appel à la coopération des intermédiaires qui, en échange de leur totale immunité contre les contenus de tiers (même publiés sur les propres plateformes des intermédiaires), auraient été chargés de contrôler et filtrer les contenus⁸⁶.

Cette protection a conféré aux intermédiaires la possibilité d'ignorer des demandes légitimes de victimes, par exemple d'infractions attentatoires à l'honneur⁸⁷, sans être inquiétés par la justice. Cette dernière a justement interprété très largement cette immunité, créant ainsi une décharge complète pour toute personne n'étant pas l'auteur de propos diffamants. LEMLEY estime que cette solution va aujourd'hui trop loin puisqu'elle n'incite pas les prestataires de services Internet à maintenir l'ordre sur leurs plateformes, ni à aider les éventuels plaignants en révélant l'identité des délinquants⁸⁸.

4.2.3. La responsabilité limitée

Les deux précédentes conceptions ne sont pas satisfaisantes. L'une implique notamment des obligations incompatibles avec la liberté d'expression et pourrait engendrer des coûts exorbitants pour les prestataires de services, alors que l'autre donne un trop grand privilège aux intermédiaires face aux lésés. La solution se trouve certainement à l'intersection de ces deux visions.

Le régime de la responsabilité limitée a été adopté par de nombreuses législations, en particulier celles des États-Unis (via le *Digital Millennium Copyright Act*) et de l'Union européenne (via la directive sur le commerce électronique). Le corollaire de cette solution sera la mise en place de la *notice and takedown procedure* dont nous parlerons en détail au point 4.3.3.3.

⁸² http://fr.wikipedia.org/wiki/Censure_d'Internet_en_Chine.

⁸³ LEMLEY, p. 110. LEMLEY va plus loin en imaginant les effets d'un report des coûts assumés par les prestataires de services sur leurs clients ; il estime que cela créerait le « plus grand risque de problème moral jamais vu » (*Id.* pp. 111-112).

⁸⁴ <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00484>.

⁸⁵ <http://www.efa.org.au/Issues/Censor/cens1.html> (voir en particulier *Commonwealth Legislation*).

⁸⁶ Cette disposition sur le contrôle et le filtrage a été déclarée inapplicable par la Cour Suprême des États-Unis, sans toutefois toucher à la protection ; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁸⁷ *Zeran v. America Online, Inc.*, 524 U.S. 937 (1998) ; *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp 44 (1998).

⁸⁸ LEMLEY, pp. 112-113.

4.3. LES ÉTATS-UNIS

4.3.1. *La responsabilité des intermédiaires avant une législation spécifique*

Les États-Unis ont d'abord fait face à la responsabilité des intermédiaires sans base légale particulière. Plusieurs affaires illustrent la problématique.

En 1991, un tribunal de New York a fait face à un cas de diffamation sur des forums en ligne⁸⁹. Le défendeur hébergeait des forums en ligne sur lesquels se trouvait du contenu diffamant envers le plaignant. La Cour a considéré que le défendeur était plutôt le distributeur du contenu que l'éditeur, bien qu'il héberge effectivement ce contenu. De ce fait, le défendeur ne pouvait être tenu responsable pour ce contenu diffamatoire que s'il avait su ou avait eu des raisons de connaître la nature diffamatoire du contenu. Sachant que le défendeur n'avait pas pris des mesures pour contrôler le contenu sur ses forums, on ne pouvait donc pas le considérer comme responsable pour ce contenu.

En 1993, Frena exploitait un site web sur lequel se trouvait un forum (*Bulletin Board*) permettant aux utilisateurs d'échanger des messages et fichiers⁹⁰. Des photos du magazine Playboy se trouvaient également sur ce forum, ce qui a amené la société Playboy à porter plainte⁹¹. Frena s'est justifié en affirmant que ces photos avaient été déposées sur son forum sans qu'il en ait connaissance et qu'il les avait retirées aussitôt qu'il avait appris leur existence. Le Tribunal a néanmoins jugé que Frena était directement responsable d'une violation du droit d'auteur de Playboy.

Un troisième litige a vu la Cour suprême de l'État de New York prendre une décision radicalement différente⁹². Un utilisateur du service *Bulletin Board* du défendeur a posté un message dans lequel il affirmait que la demanderesse était liée à des pratiques frauduleuses. Le prestataire de service s'est défendu en invoquant l'affaire *Cuby Inc. v. Compuserve Inc.*⁹³. La Cour n'a pas retenu ces arguments et a déclaré que le défendeur était responsable, car les conditions générales d'utilisation de son service mentionnaient qu'un contrôle du contenu était réalisé et qu'en raison de ce contrôle, le défendeur agissait non seulement en qualité de distributeur de contenu, mais aussi en tant qu'éditeur – ce dernier répondant des déclarations qu'il transmet. Cette décision a laissé les prestataires de services devant un choix : soit ils choisissent de ne pas contrôler le contenu publié sur leurs plateformes afin de ne pas avoir à assumer la responsabilité de propos qui ne sont pas les leurs ; soit ils acceptent cette responsabilité et exercent une certaine forme de restriction de la liberté d'expression (par exemple en contrôlant *a priori* les messages avant leur publication⁹⁴).

Peu après cette affaire critiquée, les États-Unis ont entamé un processus législatif aboutissant au *Communications Decency Act*, puis au *Digital Millennium Copyright Act*.

4.3.2. *Le Communications Decency Act*

Bien qu'il ne concerne pas le droit de la propriété intellectuelle, le *Communications Decency Act* (CDA) est intéressant, car il pose les jalons de la responsabilité des intermédiaires sur Internet.

Cette loi a été l'une des premières tentatives dans la régulation d'Internet, en ajoutant un paragraphe 230 au titre 47 du United States Code (U.S.C.) afférent au blocage et au contrôle des contenus offensants en ligne. Elle a ainsi immunisé de toute responsabilité les fournisseurs de service sur Internet

⁸⁹ *Cuby Inc. v. Compuserve Inc.*, 776 F. Supp. 135 (1991).

⁹⁰ http://fr.wikipedia.org/wiki/Bulletin_board_system.

⁹¹ *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (1993).

⁹² *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (1995).

⁹³ Cf. *supra* note n° 89.

⁹⁴ STROWEL/IDE, pp. 32-33.

pour tout contenu proposé par des tiers⁹⁵. Ces fournisseurs de service n'étaient pas considérés comme des éditeurs, et donc n'encouraient pas de responsabilité légale pour le contenu « indécent » des tiers utilisant leur service. Ainsi, une interprétation large du § 230 (c) a permis d'étendre son champ d'application à diverses atteintes dues à la publication, notamment la diffamation, tout en excluant les actes criminels⁹⁶. Par contre, le nouveau régime n'a rien changé pour les personnes auteures de contenus puisqu'elles restent pleinement responsables quant à leurs publications.

En résumé, le § 230 fournit une limitation de responsabilité à tous les services interactifs en ligne (blogs, forums, etc.) tant que l'information ou le contenu litigieux est fourni par un tiers.

4.3.3. *Le Digital Millennium Copyright Act*

4.3.3.1. En général

Le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) est une loi américaine adoptée en 1998 amendant le Titre 17 U.S.C. relatif au droit d'auteur. Il nous intéresse tout particulièrement, car il contient des règles spécifiques sur la responsabilité des intermédiaires. Dans ce domaine, le DMCA a cherché à conserver la possibilité pour les ayants droit d'agir contre les infractions à leurs droits et à clarifier la situation des intermédiaires.

Le Titre II du DMCA⁹⁷ traite de la limitation de la responsabilité en cas d'infraction au droit d'auteur et constitue une petite révolution. En effet, à certaines conditions, il permet d'exempter de responsabilité indirecte les fournisseurs d'accès à Internet et les autres intermédiaires, c'est-à-dire d'être tenu pour responsable des agissements de leurs usagers et clients. Ainsi, le DMCA crée un *safe harbor* (« sphère de sécurité ») à leur intention, à condition qu'ils agissent conformément aux dispositions leur octroyant cette protection.

Le Congrès américain a choisi de distinguer la responsabilité des intermédiaires en fonction des opérations qu'ils exécutent, plutôt que de faire cette distinction selon le statut des intermédiaires⁹⁸. Le DMCA octroie ainsi des exonérations de responsabilité en fonction de quatre types d'activités : le simple transport de données (*mere conduit*), le système de *caching*⁹⁹, l'hébergement et la fourniture de services de localisation d'information (c'est-à-dire les liens hypertextes, les annuaires et les moteurs de recherche).

Le § 512 (a) exonère de toute responsabilité le fournisseur de service qui agit en tant que « simple conduit » (*mere conduit*) pour le transport des données. Il doit avoir un rôle intégralement passif ; il ne peut pas être à l'origine de la transmission de données, ni sélectionner les informations à transmettre ainsi que leurs destinataires. Il ne peut modifier les informations transmises, ni effectuer de copies des informations transmises à moins qu'elles soient nécessaires à la transmission et stockées temporairement.

De manière similaire, le § 512 (b) autorise un prestataire de service à utiliser de la mémoire cache pour stocker temporairement des données. Néanmoins, il faut réunir plusieurs conditions, dont voici les principales. Les données doivent être transmises sans modifications de la part du prestataire, celui-ci doit respecter les instructions émises par le site qui a été mis en cache afin que le cache soit mis à jour

⁹⁵ *Id.* § 230 (c) (1) : « No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider ».

⁹⁶ *Id.* § 230 (d) (1).

⁹⁷ Egalement connu sous la dénomination « section 512 » ou « paragraphe 512 » puisque le titre II du DMCA ajoute un paragraphe 512 au titre 17 de l'U.S.C. afférent à la limitation de la responsabilité relative aux contenus en ligne. Cette section 512 est aussi appelée OCILLA (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act).

⁹⁸ SEDAILLAN, n° 1.1.

⁹⁹ Le *caching* est une mesure technique consistant à créer une copie des données transitant d'un point à un autre afin d'en accélérer la transmission en cas d'accès ultérieur par un utilisateur. Pour plus d'informations, cf. http://fr.wikipedia.org/wiki/Mémoire_cache.

selon les standards techniques, le prestataire n'est pas à l'origine du contenu diffusé et la création des caches est réalisée dans un but purement technique visant à favoriser l'accès aux données.

Quant au § 512 (c), il permet aux fournisseurs d'hébergement d'être protégés contre le contenu stocké sur leurs serveurs. Pour cela, ils ne doivent pas avoir connaissance de la nature contrefaisante du contenu (*actual knowledge* ou connaissance explicite) ou ne pas être conscient de faits ou circonstances rendant apparente l'activité illicite (*constructive knowledge* ou connaissance implicite, présumée¹⁰⁰) ; alternativement, ils ont l'obligation de retirer promptement le contenu litigieux dès qu'ils en ont connaissance. Enfin, ils ne doivent pas recevoir de rémunération qui proviendrait directement de l'activité contrefaisante.

Les moteurs de recherche sont visés par le § 512 (d), qui reprend pour l'essentiel les mêmes conditions applicables aux fournisseurs d'hébergement.

4.3.3.2. La responsabilité des intermédiaires

Le droit américain distingue deux types de responsabilité. La responsabilité directe (*direct liability*) permet de reprocher à l'intermédiaire d'avoir lui-même violé le droit ; la responsabilité indirecte ou accessoire (*secondary liability*) permet d'imputer à l'intermédiaire le comportement de celui qui a directement violé le droit – on considérera donc l'intermédiaire comme complice de l'infraction¹⁰¹.

Cette responsabilité indirecte combine deux composantes : *contributory infringement* et *vicarious liability*. La première s'applique quand trois conditions sont remplies : (1) une infraction doit avoir été commise par une première personne, (2) une autre personne doit avoir eu connaissance de cette infraction, et 3) elle doit y avoir contribué matériellement¹⁰² ; la seconde s'applique quand le défendeur aura bénéficié d'un avantage financier issu de ce comportement alors qu'il avait le droit et la faculté de surveiller cette personne¹⁰³ (par exemple dans un rapport de droit du travail¹⁰⁴).

L'affaire Sony-Betamax constitue un précédent notoire en droit d'auteur où la responsabilité indirecte a été appliquée¹⁰⁵. En 1975, Sony fabriquait des cassettes Betamax vierges et des appareils d'enregistrements y relatifs au moyen desquelles tout un chacun pouvait enregistrer des émissions télévisées, par exemple. En 1976, Universal et Disney ont poursuivi Sony en justice au motif que les enregistreurs et cassettes Betamax pouvaient potentiellement porter atteinte à leurs droits d'auteur. Selon eux, Sony devait être considéré comme responsable de ces éventuelles infractions. En 1979, la Cour de district rend une décision¹⁰⁶ en faveur de Sony, indiquant que l'enregistrement à usage non commercial d'émissions télévisées ou de films passant à la télévision ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur, mais doit être considéré comme un *fair use*¹⁰⁷. Toutefois, ce jugement a été en partie renversé¹⁰⁸ par la Cour d'appel du 9^e Circuit en 1981. Elle a considéré que Sony était indirectement responsable puisqu'il fournissait le matériel indispensable à la commission de la supposée infraction. Cette décision est allée jusqu'à la Cour Suprême des États-Unis qui a cassé cette décision, en 1984. La

¹⁰⁰ « By application of reasonable care or diligence if a person should have known a fact, he or she is deemed to have constructive knowledge of that fact. » (Source : <http://definitions.uslegal.com>)

¹⁰¹ GILLIERON, Internet, p. 205, n° 288.

¹⁰² Voir par ex. *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (1971).

¹⁰³ Voir par ex. *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (1963).

¹⁰⁴ SCOTT, pp. 104 ss.

¹⁰⁵ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

¹⁰⁶ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429 (1979).

¹⁰⁷ Sans rentrer dans les détails, le *fair use* est une exception au droit exclusif de l'auteur. Quatre critères sont posés pour apprécier l'applicabilité de cette exception (17 U.S.C. § 107) : le but et le type d'utilisation, la nature de l'œuvre, la proportion de l'œuvre utilisée, et l'effet sur le marché. D'autres critères peuvent être pris en considération. Cette exception permet de considérer certains usages d'une œuvre comme légaux (par ex. l'usage d'images d'un film pour une critique, la reprise d'extraits d'une pièce de théâtre pour une parodie, etc.). Le *fair use* est assimilable aux exceptions de la loi suisse sur le droit d'auteur, par ex. les art. 19, 25, et 28 LDA ; pour plus de détails, voir *infra* 6.5.

¹⁰⁸ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 659 F.2d 963 (1981).

Cour Suprême a jugé que Sony n'était pas indirectement responsable même si des tiers utilisaient les cassettes Betamax afin d'en faire des copies illégales d'émissions télévisées. En effet, il est possible d'utiliser la cassette vidéo de manière légale et sans enfreindre le droit d'auteur¹⁰⁹.

Cette décision constitue une restriction importante à la responsabilité indirecte, certains auteurs n'ayant pas hésité à la considérer comme la « Magna Carta de l'innovation et de la technologie¹¹⁰ ». Elle offre également une certaine protection, mais souffre de deux limites, au moins. En premier lieu, il semblerait que certains tribunaux restreignent cette protection au seul *contributory infringement* sans l'appliquer également à la *vicarious liability*¹¹¹. Il s'avère enfin que cette protection est circonscrite au seul droit d'auteur. Cette situation ne concernait pas un intermédiaire technique et le DMCA n'était même pas encore dans les esprits à l'époque, mais cette affaire revêtit un caractère fondamental pour analyser la responsabilité indirecte des intermédiaires sur Internet, bien que les situations soient clairement différentes¹¹².

Selon le DMCA, un prestataire de service sur Internet doit réunir deux conditions pour éviter d'engager sa responsabilité directe. Tout d'abord, il doit adopter et appliquer des directives permettant de mettre fin à l'accès des utilisateurs qui commettent des infractions répétées au droit d'auteur¹¹³, et il doit mettre en place et ne pas interférer avec des mesures techniques utilisées par les ayants droit pour identifier les contenus protégés par le droit d'auteur¹¹⁴.

Afin de permettre à certains intermédiaires et prestataires de s'exonérer de leur éventuelle responsabilité indirecte, on a introduit une nouvelle procédure, qui constitue d'ailleurs le cœur du DMCA : la procédure d'avis et de retrait de contenu illicite (*notice and takedown procedure*).

4.3.3.3. La procédure d'avis et de retrait de contenu illicite du DMCA ou « notice and takedown procedure »

Cette procédure conditionne la limitation de responsabilité de l'hébergeur à trois obligations¹¹⁵ :

- retirer ou rendre indisponible le contenu litigieux dès qu'un ayant droit se plaint auprès de l'intermédiaire¹¹⁶ ;
- identifier l'utilisateur une fois que l'intermédiaire a reçu une assignation à comparaître du tribunal compétent¹¹⁷ ;
- mettre fin à la relation contractuelle les liant aux usagers qui récidivent¹¹⁸.

On l'a vu, le DMCA crée plusieurs catégories de protection pour les intermédiaires. La plus large revient aux intermédiaires fournissant la transmission et l'acheminement des données¹¹⁹ ; comme ces intermédiaires agissent en tant que « conduit », ils n'ont pas l'obligation de retirer les contenus illicites, mais ils doivent prévoir des directives permettant de mettre fin à leur relation contractuelle avec l'utilisateur s'il viole le droit d'auteur de manière répétée. Il faut encore relever que les services visés par cette disposition du DMCA peuvent faire l'objet d'injonctions des tribunaux pour mettre fin ou

¹⁰⁹ Selon la Cour Suprême, le produit serait « capable of substantial noninfringing uses ».

¹¹⁰ MENELL/NIMMER, p. 2 (et note n° 5) ; ces auteurs relativisent toutefois l'impact de cette décision puisque cela n'a pas empêché Napster ou Grokster de tomber sous le coup de la responsabilité indirecte (cf. *infra* 6.2).

¹¹¹ VON LOHMANN : « First, it is unclear whether the Betamax defense applies to both contributory infringement and vicarious liability claims, or only against the former ».

¹¹² SCOTT, p. 106.

¹¹³ 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (A).

¹¹⁴ *Id.* § 512 (i) (1) (B) ; cf. le § 512 (i) (2) pour une définition des mesures techniques.

¹¹⁵ LEMLEY, p. 113.

¹¹⁶ 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (C).

¹¹⁷ *Id.* § 512 (h).

¹¹⁸ *Id.* § 512 (i) (1) (A).

¹¹⁹ *Id.* § 512 (a).

bloquer l'accès à certains lieux hors des frontières américaines¹²⁰. À certaines conditions, les intermédiaires qui mettent du contenu en cache doivent pour leur part se plier aux demandes des ayants droit visant à retirer ou bloquer l'accès aux contenus mis en cache¹²¹. Il faut toutefois que ces contenus aient été retirés du site original (ou qu'un ordre ait été donné dans ce sens) et que le responsable de ces contenus l'atteste à l'intermédiaire.

Dans n'importe quel contexte, de façon à bénéficier de la limitation de responsabilité, l'hébergeur et les moteurs de recherche doivent retirer promptement le contenu, respectivement le lien hypertexte vers ce contenu lorsqu'ils reçoivent une demande conforme¹²².

Lorsqu'un hébergeur reçoit cette demande, la procédure¹²³ requiert qu'il retire promptement le contenu, notifie l'utilisateur fautif du retrait du contenu, et transmette toute contestation de cet utilisateur à l'ayant droit requérant. Dans un délai de dix à quatorze jours, l'ayant droit requérant doit notifier à l'hébergeur qu'il a ouvert action, sinon ce dernier doit rétablir le contenu¹²⁴.

La limitation de responsabilité octroyée au moteur de recherche dépend également de plusieurs conditions qui sont similaires à celles applicables à l'hébergeur à deux exceptions : le moteur de recherche ne peut retirer un contenu, mais uniquement le lien référencé vers le contenu, et il n'est pas contraint de notifier ce retrait à l'utilisateur concerné¹²⁵. Ces exceptions se justifient, car un moteur n'héberge pas de contenus appartenant à des tiers, il ne fait que fournir un index des pages web disponibles sur Internet (ces pages ne seront pas supprimées d'Internet, tout au plus seront-elles plus difficilement localisables) ; de plus, un moteur de recherche n'a pas de contrat de service avec ses utilisateurs qui lui permettrait d'identifier ces derniers¹²⁶.

Dans cette procédure, l'intermédiaire est protégé tant qu'il n'a pas connaissance de l'infraction avant de recevoir la demande de retrait de contenu¹²⁷. À la réception de la demande, l'intermédiaire doit s'y plier, que le contenu en question soit contrefaisant ou non, sous peine de perdre sa protection. Il est d'ailleurs recommandé pour l'intermédiaire de coopérer, car il est protégé contre toute responsabilité en cas de retrait injustifié et réalisé de bonne foi¹²⁸. L'intermédiaire devra en outre révéler rapidement l'identité de l'utilisateur selon les termes de l'action ouverte en justice par l'ayant droit et pour autant qu'elle suive ou accompagne la demande de retrait¹²⁹.

Le niveau de protection accordé aux intermédiaires est élevé en comparaison avec celui consenti à l'utilisateur, cible de la demande des ayants droit. En effet, le contenu peut être retiré avant que l'utilisateur n'ait connaissance de la demande et ce dernier ne peut bénéficier d'une protection juridique qu'à trois conditions : il décide de contester la demande, l'ayant droit ouvre action et un tribunal analyse et tranche la cause¹³⁰.

Toutefois, cette procédure n'est applicable qu'avec un hébergeur. Une seconde procédure est prévue dans le cas où l'intermédiaire concerné est un fournisseur d'accès ou un moteur de recherche. Pour bénéficier de la protection en cas de retrait injustifié, il doit notifier la demande à l'utilisateur. Ce dernier, à la réception de la demande, peut envoyer une contestation à l'intermédiaire¹³¹, et celui-ci doit

¹²⁰ URBAN/QUILTER, p. 624 (spéc. note n° 9).

¹²¹ 17 U.S.C. § 512 (b).

¹²² Les conditions de validité d'une telle demande se trouvent au 17 U.S.C. §512 (c) (3). Elle doit contenir l'identification des œuvres protégées, les informations qui permettent à l'intermédiaire de localiser les œuvres et un moyen de contacter l'ayant droit requérant.

¹²³ 17 U.S.C. § 512 (c).

¹²⁴ *Id.* § 512 (g) (2) (c).

¹²⁵ *Id.* § 512 (d).

¹²⁶ URBAN/QUILTER, p. 626.

¹²⁷ 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A).

¹²⁸ *Id.* § 512 (g) (1).

¹²⁹ *Id.* § 512 (h).

¹³⁰ URBAN/QUILTER, p. 628.

¹³¹ 17 U.S.C. § 512 (g) (3).

aviser l'ayant droit qu'il rétablira le contenu dans un délai compris entre dix et quatorze jours s'il n'ouvre pas action en justice avant¹³².

Le DMCA prend également en compte l'éventuelle mauvaise foi d'une partie – l'utilisateur, l'intermédiaire ou l'ayant droit. Elle peut se voir infliger des dommages, y compris le paiement des frais d'avocat, si elle fait de fausses déclarations dans une demande, contestation ou communication de retrait¹³³.

Cette procédure sibylline a été et fera encore l'objet de précisions et développements par les tribunaux, ce qui est paradoxal puisque le but de cette procédure est de retirer d'Internet des contenus contrefaisants au moyen d'une méthode équitable ne nécessitant pas l'intervention de la justice.

4.4. L'UNION EUROPEENNE

Nous commencerons cette section par une vue d'ensemble de la manière dont a été traitée la responsabilité des intermédiaires dans quelques législations nationales des pays européens avant la directive européenne sur le commerce électronique. Nous analyserons ensuite les règles posées par la directive sur le commerce électronique concernant la responsabilité des intermédiaires.

4.4.1. La responsabilité avant la directive sur le commerce électronique

4.4.1.1. En Allemagne

L'Allemagne a été le premier pays européen à se munir d'une législation relative à la responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet, en adoptant en 1997 la *Teledienstegesetz* (TDG). Elle établissait un certain nombre de critères pour établir la responsabilité d'un intermédiaire ; elle exemptait notamment les fournisseurs de services (*Diensteanbieter*) pour les informations transmises et mises en cache s'ils n'initiaient pas, ni ne sélectionnaient ou modifiaient l'information. Les hébergeurs n'étaient pas responsables pour le stockage de contenus illégaux s'ils n'avaient pas connaissance que ces contenus étaient hébergés chez eux, et s'ils prenaient des mesures immédiates pour rendre inaccessibles ou supprimer ces contenus, lorsqu'ils apprenaient leur existence. Cette loi a ensuite été modifiée par l'*Elektronischer Geschäftsverkehrsgesetz* (EGG), la loi allemande d'incorporation de la directive européenne sur le commerce électronique¹³⁴.

La TDG a été adoptée en réaction à l'affaire CompuServe¹³⁵. En 1997, Felix Somm, directeur général de CompuServe Deutschland, est poursuivi pour avoir facilité l'accès à des contenus violents impliquant en particulier de la pédopornographie. En effet, CompuServe fournissait un service de *newsgroup*¹³⁶ dans lesquels les utilisateurs échangeaient des contenus tombant notamment sous le coup du *Strafgesetzbuch* (code pénal). Dans son arrêt de 1998, le Tribunal de district de Munich (*Münchner Amtsgericht*) a condamné Felix Somm pour l'infraction susmentionnée estimant que CompuServe Deutschland ne pouvait invoquer la TDG puisque l'accès à Internet était fourni par CompuServe United States (la maison mère) et non par CompuServe Deutschland. De ce fait, les dispositions sur l'exonération de responsabilité contenues au § 8 de la TDG ne pouvaient être appliquées. De plus, le Tribunal a considéré que CompuServe était un hébergeur et que tout n'avait pas été fait pour bloquer l'accès aux *newsgroups* litigieux. L'arrêt a été renversé en appel.

Cet arrêt est critiquable notamment sur un aspect des plus frappants. En effet, il adopte une conception très large de la connaissance par un hébergeur de l'existence de contenus illicites stockés sur ses ser-

¹³² *Id.* § 512 (g) (2).

¹³³ *Id.* § 512 (f).

¹³⁴ SPINDLER, p. 2.

¹³⁵ *CompuServe Deutschland, Felix Somm*, 8340 Ds 465 Js 173158/95, Amtsgericht München (1998).

¹³⁶ Les newsgroups sont des forums mis en réseau permettant notamment de lire ou générer des articles. Pour plus d'informations, voir par ex. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Usenet>.

veurs. En effet, sous prétexte que tout un chacun pouvait accéder aux contenus illicites, Felix Somm devait connaître l'existence de ces contenus. On ne peut exiger, même aujourd'hui, d'un prestataire de service de surveiller le flux colossal d'informations en transit ainsi que la montagne de données stockées. Afin d'engager la responsabilité, la doctrine allemande penchait pour une connaissance effective des contenus de la part des intermédiaires, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent prétendre ignorer un contenu lorsqu'une personne leur a signalé son éventuel caractère illicite. La négligence, même coupable, ne devrait pas engager leur responsabilité¹³⁷.

4.4.1.2. En France

La France a d'abord emprunté le chemin de l'autorégulation, grâce à un litige qui a impliqué des fournisseurs d'accès et des hébergeurs. En mars 1996, l'Union des Étudiants Juifs de France (UEJF) a assigné en référé neuf fournisseurs d'accès et hébergeurs français « au motif que ces prestataires d'accès permettaient à leurs clients d'accéder à des serveurs et messages négationnistes ». Pendant la procédure, l'UEJF a revu sa demande et a demandé l'établissement d'une charte d'éthique pour les fournisseurs d'accès. Les différentes parties ont transigé¹³⁸ et ont établi d'une part que certaines sociétés ne pouvaient que s'engager à développer leurs meilleurs efforts pour soit faire cesser les agissements de leurs abonnés qui violeraient la loi sur la liberté de la presse, soit rompre leur contrat¹³⁹.

Une affaire similaire à celle de CompuServe Deutschland s'est déroulée en 1996. L'affaire concernait deux fournisseurs d'accès à Internet qui étaient accusés de détenir des images pédophiles dans les forums de discussion accessibles sur leurs serveurs. En décembre 1999, le TGI de Paris a rendu une décision dans laquelle il considère qu'on ne peut pas engager la responsabilité de ces deux fournisseurs d'accès¹⁴⁰.

En mars 1996, le gouvernement français charge un groupe de travail interministériel de clarifier le cadre juridique applicable aux services sur Internet. Dans le rapport *Internet : enjeux juridiques*¹⁴¹ de juin 1996, Isabelle Falque-Pierrotin, maître des Requêtes au Conseil d'État, avance en particulier trois propositions d'action à réaliser en France : « préférer l'autocontrôle au contrôle *a priori* », « clarifier la responsabilité des acteurs », et « développer la coopération internationale »¹⁴².

D'autres litiges ont été tranchés par les tribunaux français et montrent les difficultés qu'avaient les tribunaux à définir clairement la responsabilité des intermédiaires¹⁴³.

4.4.1.3. Au Royaume-Uni

Le Royaume-Uni, comme les États-Unis, a d'abord légiféré dans le domaine de la diffamation en adoptant le *Defamation Act* en 1996. Celui-ci ne traite que de la diffamation, mais constitue un premier pas dans le domaine de la responsabilité des intermédiaires. Il déclare que « l'opérateur ou le fournisseur d'accès à un système de communication au moyen duquel la déclaration [diffamatoire] est transmise ou rendue disponible par une personne sur laquelle il n'a pas de contrôle effectif n'est pas considéré comme auteur ou éditeur¹⁴⁴ ». Il faut encore qu'il prouve « avoir pris des mesures particu-

¹³⁷ GILLIERON, responsabilité, p. 404 (note n° 72).

¹³⁸ *UEJF c. Calvacom et autres*, TGI de Paris, Ordonnance de référé, 12 juin 1996.

¹³⁹ Pour plus de détails, voir GILLIERON, responsabilité, pp. 417 ss.

¹⁴⁰ <http://www.itespresso.fr/world-net-et-francenet-blanchis-par-la-justice-3594.html>.

¹⁴¹ *Internet : enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, 16 mars 1996 - 16 juin 1996.

¹⁴² FERAL-SCHUHL, pp. 493 ss, n° 111.11 ss.

¹⁴³ Voir par ex. *Hallyday c. Lacambre*, TGI de Paris, Ordonnance de référé, 9 juin 1998 ; *Axa c. Infonie*, Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999.

¹⁴⁴ Section 1, al. 3 lit. e *Defamation Act*.

lières en relation avec sa publication » et qu'il prouve « ne pas avoir su ou avoir eu des raisons de penser qu'il participait à un acte de diffamation¹⁴⁵ ».

Dans le premier cas où le *Defamation Act* a été appliqué¹⁴⁶, la Cour a décidé que le prestataire de service (qui exploitait des serveurs sur lesquels se trouvaient des *newsgroups*) ne pouvait se prévaloir de la protection accordée par le *Defamation Act*, car il n'avait pas donné suite à la demande du requérant visant à supprimer le contenu diffamant de l'un des *newsgroups*. De plus, la Cour a jugé que le prestataire de service avait contribué à la publication des déclarations diffamatoires en vertu de la section 17 du *Defamation Act* qui explique que le terme « publication », en lien avec la déclaration diffamatoire, a le sens qu'il doit avoir selon le but de la loi. Selon la Cour, il y a quand même eu publication même si le défendeur n'était pas au courant du contenu diffamatoire¹⁴⁷.

4.4.1.4. Aux Pays-Bas

En 1995, le Tribunal de district de Rotterdam a traité un procès relatif à un prestataire de services Internet accusé d'infraction directe au droit d'auteur¹⁴⁸. Le plaignant mettait en cause le fait que le prestataire offrait un service de *Bulletin Board* sur lequel une tierce personne avait mis à disposition un logiciel appartenant au plaignant. Au moins neuf personnes ont téléchargé ce logiciel, violant le droit d'auteur du plaignant. Le Tribunal a retenu que le prestataire de service avait offert un moyen technique au « fournisseur d'information » (la tierce personne) pour qu'il rende disponible le logiciel sur Internet. Le Tribunal a également déclaré que le prestataire avait lui-même rendu public ce logiciel et donc violé le droit d'auteur du plaignant, bien que le défendeur ait invoqué le fait qu'il ne pouvait pas contrôler les données stockées, argumentant que de nombreux logiciels gratuits étaient disponibles sur le *Bulletin Board* et qu'il n'était pas censé savoir que le logiciel en question était protégé.

Une année plus tard, plusieurs prestataires de services Internet et fournisseurs d'accès à Internet ont été poursuivis pour infraction au droit d'auteur par l'Église de Scientologie,¹⁴⁹ car ils ont permis la publication sur Internet d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Le juge n'a pas retenu la responsabilité des différents prestataires en considérant qu'ils ne font qu'offrir une possibilité de publication et qu'ils n'ont en principe aucun moyen d'influencer ou d'être conscient du contenu qui va être publié. Les fournisseurs d'accès à Internet ont également été exemptés. Toutefois, le juge a déclaré qu'il pouvait y avoir des cas où les prestataires verraient leur responsabilité engagée, par exemple si l'infraction par un prestataire est indubitablement évidente ou si le prestataire était au courant – et dans ce cas, il devrait prendre des mesures à l'encontre de l'utilisateur contrefaisant.

4.4.2. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique

4.4.2.1. En général

Les quelques exemples ci-dessus illustrent un début de cacophonie : beaucoup d'États membres n'avaient pas de législation spécifique, et quand bien même certains en avaient une, elle était fortement susceptible d'échouer dans son but de clarification de la situation des intermédiaires. De plus, les États membres n'adoptaient pas des solutions semblables, tant au niveau légal que jurisprudentiel. Il était dangereux pour le marché intérieur européen de devoir combiner autant de régimes de responsabilité qu'il y a d'États membres¹⁵⁰. La Commission européenne l'a reconnu dans sa proposition de

¹⁴⁵ *Id.* Section 1 al. 1.

¹⁴⁶ *Godfrey v. Demon Internet Limited*, [1999] EWHC QB 244, High Court of Justice (Queen's Bench Division), 26 mars 1999.

¹⁴⁷ *Ibid.* consid. 24 à 26.

¹⁴⁸ *Bridgesoft v. Lenior*, Tribunal de district de Rotterdam, 24 août 1995 ; cf. LINANT DE BELLEFONDS, pp. 178-179.

¹⁴⁹ *Eglise de Scientologie v. Karin Spaink et consorts*, Président du Tribunal de district de La Haye, 12 mars 1996 ; LINANT DE BELLEFONDS, pp. 179 ss.

¹⁵⁰ Directive 2000/31/CE, consid. 40.

création d'une directive relative au commerce électronique : « [i]l existe une instabilité considérable dans les États membres quant à l'application de leurs régimes de responsabilité envers les prestataires de services Internet quand ils agissent en tant qu'intermédiaires, c'est-à-dire quand ils transmettent ou hébergent des données appartenant à des tiers. Ces activités ont été le sujet de différentes initiatives des États membres adoptées ou actuellement examinées concernant le problème de la responsabilité¹⁵¹ ». La Commission mentionne les principes divergents adoptés par les États qui ont légiféré dans le domaine, de même que les jurisprudences différentes tant dans le raisonnement que dans la décision finale¹⁵².

Ces raisons ont conduit l'Union européenne à se doter, le 8 juin 2000, d'une nouvelle directive destinée à créer un cadre pour le commerce électronique afin de protéger les consommateurs et les entreprises, d'encourager le développement du commerce électronique et de créer un cadre juridique harmonisé entre les États membres¹⁵³. Elle est destinée à couvrir tous les services de la société de l'information, c'est-à-dire tous les services prestés, normalement contre rémunération¹⁵⁴, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services¹⁵⁵. La directive offre donc une définition très large de ces services, ce qui lui permet d'englober une multitude de variétés d'acteurs, y compris ceux qui offrent leurs services, mais se rémunèrent par d'autres moyens (par ex. la publicité).

La directive ne fixe pas d'exigences minimales, mais maximales. Les États membres ne pourront pas adopter une réglementation plus sévère relativement aux conditions d'exonération de responsabilité. Cette directive interdit notamment aux États membres d'imposer aux intermédiaires une « obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites¹⁵⁶ » ; toutefois, elle leur permet d'imposer aux intermédiaires un devoir d'information aux autorités compétentes concernant des « activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient¹⁵⁷ ».

Comme mentionné au point 4.1 ci-dessus, la directive adopte une approche horizontale. Cela se retrouve dans le fait qu'elle traite de manière distincte les différentes fonctions des intermédiaires sur Internet sans différencier les domaines du droit concernés. À l'instar du DMCA, la directive règle expressément la situation des fournisseurs d'accès, des hébergeurs et des intermédiaires faisant usage du *caching*. Toutefois, elle ne définit pas un régime pour les moteurs de recherche.

4.4.2.2. Le régime de responsabilité de la directive

Dans son rapport de 2003, la Commission a rappelé que les limitations de responsabilité étaient « 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

¹⁵¹ Commission Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM (1998) 586 final, 18 novembre 1998, p. 12 (ci-après : Commission Proposal) : « There is considerable legal uncertainty within Member States regarding the application of their existing liability regimes to providers of Information Society Services when they act as "intermediaries", i.e. when they transmit or host third party information (information provided by the users of the service). These activities have been the subject of the different Member States' initiatives adopted or currently being examined on the issue of liability ».

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Voir par ex. Directive 2000/31/CE, considérants 2, 3 et 6.

¹⁵⁴ *Id.* considérant 17.

¹⁵⁵ Voir *supra* 3.1.1.

¹⁵⁶ Art. 15 al. 1 Directive 2000/31/CE.

¹⁵⁷ *Id.* art. 15 al. 2.

permette à l'Internet et au commerce électronique de se développer¹⁵⁸ ». Il ressort de ce rapport que l'Union européenne a voulu développer un régime spécifique pour le monde numérique : des règles différentes seront appliquées aux prestataires de services (en général) selon qu'ils offrent des services en ligne ou hors-ligne.

Une distinction similaire au DMCA est opérée par la directive. En effet, elle différencie la responsabilité en fonction du type d'activité exercé, et non pas en fonction du type d'opérateur. Si un intermédiaire remplit les conditions d'exonération de responsabilité pour une activité, cela ne signifie pas qu'il sera exonéré de sa responsabilité pour toutes les autres activités qu'il exerce¹⁵⁹.

La directive contient une section 4 dédiée à la « responsabilité des prestataires intermédiaires » comprenant quatre dispositions (articles 12 à 15) inspirées de la *Teledienstegesetz* allemande. Ainsi, elle met un terme à l'instabilité juridique qui régnait auparavant. Désormais, elle exonère de toute responsabilité les intermédiaires qui se conforment aux exigences contenues dans la section 4.

L'article 12 de la directive traite des prestataires fournissant un service de transmission de données ou d'accès au réseau (ou, de manière générale, les fournisseurs d'accès à Internet). Cette disposition exclut la responsabilité de ces prestataires quant aux informations qu'ils acheminent pour autant qu'ils ne soient pas à l'origine de ces transmissions, qu'ils ne sélectionnent pas le destinataire de la transmission, et qu'ils ne modifient pas ni ne sélectionnent les informations transmises.

L'article 13 concerne les prestataires qui mettraient automatiquement et temporairement des informations en cache dans le but de rendre la transmission d'informations plus rapide et efficace. Ces prestataires ne sont pas responsables pour le stockage de ces contenus s'ils ne modifient pas l'information, s'ils se conforment aux règles techniques sur la mise à jour des caches, s'ils se conforment aux conditions d'accès à l'information, s'ils n'entravent pas l'utilisation licite de la technologie et s'ils agissent promptement pour retirer l'information stockée ou en bloquer l'accès quand ils ont connaissance du fait que l'information originale a été retirée du réseau ou doit l'être sur décision d'une autorité.

Selon l'article 14, les prestataires qui stockent (i.e. hébergent) des contenus appartenant à des tiers ne doivent pas être tenus pour responsables des dommages causés par ces contenus à moins qu'ils échouent dans leur tâche de blocage ou de retrait de ces contenus dès le moment où ils ont connaissance de leur présence ou dès le moment où ils ont conscience de faits ou circonstances rendant l'activité en question apparente. Les prestataires visés par cette disposition sont ceux qui proposent des espaces de stockage en ligne qui seront utilisés par leurs clients pour y envoyer leurs données, par exemple dans le but de les partager sur leur site web.

Enfin, l'article 15 de la directive interdit aux États membres d'imposer un devoir général de surveillance aux prestataires de services Internet quant aux données qu'ils transmettent, mettent en cache ou hébergent. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu un arrêt¹⁶⁰ dans ce sens en novembre 2011. Elle a ainsi décidé que « [l]e droit de l'Union s'oppose à une injonction, prise par une juridiction nationale, d'imposer à un fournisseur d'accès à Internet la mise en place d'un système de filtrage afin de prévenir les téléchargements illégaux de fichiers ». Elle donne les caractéristiques d'un tel filtrage, précisant qu'il ne peut être mis en place par un intermédiaire

- pour filtrer toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer » ;
- de façon qu'il s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle ;
- à titre préventif ;
- à ses frais exclusifs ;
- sans limitation dans le temps, et
- afin d'être capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le de-

¹⁵⁸ Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, COM (2003) 702 final, p. 14.

¹⁵⁹ Commission Proposal, p. 27.

¹⁶⁰ Arrêt C-70/10 du 24 novembre 2011 (demande préjudicielle de la Cour d'appel de Bruxelles), *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

mandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur.

Il faut encore rappeler que le régime de responsabilité institué par la directive ne constitue qu'un bouclier supplémentaire pour les intermédiaires. La directive n'a pas pour but de modifier le droit matériel des États membres concernant les différentes infractions qui pourraient être concernées. Cela signifie que si un intermédiaire ne se soumet pas au régime de protection de la directive, l'étendue et la nature de sa responsabilité seront établies sur la base de la législation nationale de l'État membre concerné¹⁶¹.

4.5. L'AUSTRALIE

L'Australie connaît depuis de longues années une jurisprudence¹⁶² relative au fait « d'autoriser une infraction ». Cette jurisprudence concerne le cas d'un étudiant qui s'était servi d'une photocopieuse (payante) dans une bibliothèque universitaire pour faire deux copies d'une nouvelle de l'écrivain Moorhouse. Celui-ci a attaqué l'université pour violation du droit d'auteur en affirmant que l'université avait autorisé l'infraction en permettant de faire des photocopies sans contrôler ce qui est copié. La High Court of Australia a jugé que l'université n'avait pas pris suffisamment de précautions – elle avait placé des panneaux avertissant les utilisateurs que les éventuelles infractions au droit d'auteur commises avec les photocopieuses étaient de la responsabilité des utilisateurs et non de l'université – et qu'elle aurait dû contrôler l'utilisation qui était faite des photocopieuses puisqu'elle avait des raisons suffisantes de croire que des infractions au droit d'auteur étaient commises. L'université a donc été déclarée responsable d'infraction au droit d'auteur sur cette base, bien que les photocopieuses puissent être utilisées sans qu'une infraction au droit d'auteur ne soit commise. Cette jurisprudence a été par la suite appliquée aux intermédiaires sur Internet¹⁶³, après avoir fait l'objet d'une codification expresse dans le *Copyright Act* australien¹⁶⁴.

La justice australienne a été confrontée en 2005 à un cas de responsabilité d'un intermédiaire¹⁶⁵. Le site web mp3s4free.net répertoriait des liens hypertextes proposés par des tiers et qui pointaient vers d'autres sites web à partir desquels tout un chacun pouvait télécharger des fichiers musicaux (sans licence ou autorisation de la part des auteurs). La Cour a considéré que le site mp3s4free.net n'hébergeait pas les fichiers, mais était « clairement destiné à faciliter (et facilitait effectivement) et à permettre le téléchargement illicite¹⁶⁶ ». La Cour a aussi estimé que Stephen Cooper, l'administrateur du site, « aurait pu prévenir les infractions en retirant les liens de son site ou en le structurant de façon à ce que les administrateurs des sites qui hébergeaient les fichiers musicaux ne puissent pas ajouter des liens au site de Cooper sans le contrôle de ce dernier¹⁶⁷ ». La Cour a retenu la culpabilité de Cooper pour avoir autorisé l'infraction, car il savait que des fichiers musicaux légaux et illégaux circulaient sur Internet et qu'il n'a pris aucune mesure lorsque des tiers publiaient sur son site des liens vers d'autres sites où des fichiers musicaux pouvaient être téléchargés sans l'autorisation des ayants droit¹⁶⁸. Ainsi, le fait que Cooper n'ait pas pris les mesures pour prévenir les infractions a été assimilé

¹⁶¹ Commission Proposal, p. 27.

¹⁶² *Moorhouse v. University of New South Wales*, [1976] R.P.C. 151, High Court of Australia.

¹⁶³ Cf. *infra* 6.2.3.

¹⁶⁴ Copyright Act 1968, sections 101 (1A) et 36 (1A). La section 101 (1A) liste quelques facteurs à prendre en compte pour analyser l'autorisation de l'infraction, en particulier : l'étendue du pouvoir d'une personne à empêcher l'acte en question, la nature de la relation entre cette personne et celle qui commet l'acte, et si cette personne a pris des mesures raisonnables pour empêcher ou éviter la réalisation de cet acte.

¹⁶⁵ *Universal Music Australia Pty Ltd v. Cooper*, [2005] FCA 972.

¹⁶⁶ *Id.* consid. 84 : « The website is clearly designed to, and does, facilitate and enable this infringing downloading ».

¹⁶⁷ *Id.* consid. 85 : « Cooper [...] could have prevented the infringements by removing the hyperlinks from his website or by structuring the website in such a way that the operators of the remote websites from which MP3 files were downloaded could not automatically add hyperlinks to the website without some supervision or control by Cooper ».

¹⁶⁸ *Id.* consid. 86 à 88.

à une autorisation de commettre l'infraction. La Cour a aussi jugé que la société qui hébergeait le site web de Cooper, E-Talk/Com-Cen, avait elle aussi autorisé l'infraction, car elle n'avait pas fait ce qu'on pouvait attendre d'elle¹⁶⁹ (i.e. rendre le site de Cooper indisponible). Cette décision a été confirmée sur appel¹⁷⁰.

Dans un autre cas¹⁷¹, jugé en 2010, mais actuellement en cours d'instruction à la High Court of Australia, le Tribunal a distingué¹⁷² le fait, pour un intermédiaire, de fournir les « moyens » d'enfreindre le droit et le fait de fournir une « précondition » à la commission de l'infraction. Il a retenu qu'un intermédiaire qui n'a pas de contrôle sur une plateforme BitTorrent utilisée par des internautes n'est pas responsable pour l'usage qui est fait de cette plateforme¹⁷³. Le moyen d'enfreindre le droit d'auteur est l'usage de la plateforme BitTorrent ; le fait de fournir un espace pour créer cette plateforme n'est qu'une « précondition ». Enfin, le Tribunal a rappelé qu'il ne revient pas à une personne de protéger les droits d'auteur d'une autre, selon le droit australien¹⁷⁴. L'intermédiaire a donc été blanchi, contrairement à ce qu'on aurait pu croire au vu de la décision dans l'affaire Cooper. Les plaignants ont interjeté un appel qui a été rejeté¹⁷⁵. La Cour d'appel n'a toutefois pas retenu les mêmes arguments. Bien que l'intermédiaire ait une relation contractuelle et technique avec ses clients et qu'il avait la possibilité de mettre fin à cette relation¹⁷⁶, elle a considéré que l'inaction de l'intermédiaire n'indiquait pas qu'il autorisait à commettre des infractions, même s'il adoptait une attitude indifférente à l'égard des plaignants quand ceux-ci lui faisaient parvenir des plaintes¹⁷⁷. En l'espèce, celles-ci étaient incomplètes ou au contraire nécessitaient un travail d'analyse considérable¹⁷⁸.

Avant ces décisions, la situation était problématique pour les intermédiaires australiens. En effet, comme on vient de le voir, ils pouvaient potentiellement engager leur responsabilité pour avoir « autorisé » des infractions au droit d'auteur. Le législateur australien a donc modifié l'*Australian Copyright Act* en 2000 pour y intégrer cette notion. Il a ajouté une section 112E dont le but est d'établir qu'une « personne [...] qui fournit de l'équipement pour établir une communication (ou la facilite) n'est pas considérée comme ayant autorisé une infraction au droit d'auteur [...] parce qu'une autre personne utilise l'équipement fourni¹⁷⁹ [...] » pour diffuser du contenu protégé à des tiers.

Plus tard, en 2004, d'autres *safe harbors* ont été adoptés et inclus dans le *Copyright Act* (sections 116AA et suivantes) au moyen de l'*US Free Trade Implementation Act 2004* et du *Copyright Legislation Amendment Act 2004*. Ces *safe harbors* sont pour l'essentiel une reprise des dispositions de la section 512 du DMCA, bien que formulés et interprétés de manière plus restrictive¹⁸⁰.

4.6. LE CANADA

Dans une affaire similaire au cas australien *Moorhouse*, la Cour Suprême du Canada a décidé¹⁸¹ que la Grande bibliothèque du Barreau du Haut-Canada, en mettant à disposition des usagers des photoco-

¹⁶⁹ *Id.* consid. 121.

¹⁷⁰ *Cooper v. Universal Music Australia Pty Ltd*, [2006] FCAFC 187.

¹⁷¹ *Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Limited*, [2010] FCA 24.

¹⁷² *Id.* consid. 400 et 401.

¹⁷³ *Id.* consid. 402 et 404.

¹⁷⁴ *Id.* consid. 492.

¹⁷⁵ *Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd* [2011] FCAFC 23.

¹⁷⁶ *Id.* consid. 174 et 192.

¹⁷⁷ *Id.* consid. 257.

¹⁷⁸ *Id.* consid. 205.

¹⁷⁹ Copyright Act 1968, Section 112E : « A person (including a carrier or carriage service provider) who provides facilities for making, or facilitating the making of, a communication is not taken to have authorized any infringement of copyright in an audio-visual item merely because another person uses the facilities so provided to do something the right to do which is included in the copyright ».

¹⁸⁰ *Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd*, consid. 580 ss.

¹⁸¹ *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13.

pieuses en libre service, n'autorisait pas la commission d'infractions au droit d'auteur. Elle a ainsi rejeté l'application de la jurisprudence australienne *Moorhouse* au motif qu'elle est incompatible avec la jurisprudence canadienne antérieure et qu'elle « penche trop en faveur des droits du titulaire et entrave inutilement l'utilisation appropriée des œuvres protégées pour le bien de l'ensemble de la société¹⁸² ». « Ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil (comme une photocopieuse) susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité¹⁸³ ». « Enfin, même si la preuve établissait que les photocopieuses ont été utilisées pour violer le droit d'auteur, le Barreau n'a pas un contrôle suffisant sur les usagers de la Grande bibliothèque pour que l'on puisse conclure qu'il a sanctionné, appuyé ou soutenu la violation du droit d'auteur. Il n'existe pas entre le Barreau et les usagers de la bibliothèque une relation employeur-employé permettant de conclure que le Barreau exerce un contrôle sur les usagers susceptibles de violer le droit d'auteur¹⁸⁴ ». Cette décision tranche clairement avec la jurisprudence australienne *Moorhouse*.

Dans une décision concernant les intermédiaires sur Internet, rendue peu après le cas du Barreau, la Cour Suprême du Canada a dû trancher un litige où les représentants des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique se plaignaient de la violation de leurs droits d'auteur par le téléchargement illégal de musique¹⁸⁵. À l'origine du litige se trouve une demande de ces représentants en vue d'imposer aux intermédiaires la perception de redevances au motif qu'« ils violeraient le droit exclusif conféré par la loi au titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public par télécommunication et d'autoriser une telle communication ». La Cour Suprême a rejeté les arguments visant à considérer comme responsables les intermédiaires au motif qu'ils autorisaient la commission de l'infraction. En se référant à la jurisprudence du Barreau, elle estime que « lorsque l'utilisateur final a accès à une quantité phénoménale de données non protégées par le droit d'auteur, on ne peut dire du fournisseur de services Internet, du simple fait qu'il fournit l'accès à l'Internet, qu'il autorise le téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur par opposition à des fichiers non protégés¹⁸⁶ ». Elle réserve la responsabilité d'un intermédiaire notamment dans le cas où ses « activités [auraient] une incidence sur le contenu, c'est-à-dire s'il savait qu'un fournisseur de contenu rend du matériel illicite disponible grâce à son système et ne [prendrait] pas de mesures pour y remédier¹⁸⁷ ». En outre, « si le fournisseur du serveur hôte est informé de la présence de fichiers protégés par le droit d'auteur, il pourrait [...] donner suite à la plainte et pourrait notamment exiger du client, au moyen d'un avis de retrait, qu'il retire les fichiers faisant l'objet de la plainte. S'il ne se conforme pas à l'avis, on pourrait conclure qu'il a autorisé la communication des fichiers protégés par le droit d'auteur [...]»¹⁸⁸.

L'alinéa 2.4 (1) b) de la loi canadienne sur le droit d'auteur (ou *Copyright Act* ; L.R.C., 1985, ch. C-42) déclare le principe suivant : « n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue ». L'arrêt ci-dessus interprète cette disposition comme une protection pour les intermédiaires¹⁸⁹ mais uniquement pour leur activité d'intermédiaire technique et non pour toutes les activités qu'ils peuvent déployer¹⁹⁰.

¹⁸² *Id.* consid. 41.

¹⁸³ *Id.* consid. 43.

¹⁸⁴ *Id.* consid. 45.

¹⁸⁵ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45.

¹⁸⁶ *Id.* consid. 123.

¹⁸⁷ *Id.* consid. 124 ; cf. aussi le consid. 92 où la Cour retient que « [l']intermédiaire Internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n'a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d'être « un agent » permettant à autrui de communiquer bénéficie de l'application de l'al. 2.4 (1) b) [du Copyright Act] ».

¹⁸⁸ *Id.* consid. 110.

¹⁸⁹ *Id.* consid. 92, 95 à 98, et 101.

¹⁹⁰ *Id.* consid. 102.

A l'heure actuelle au Canada, il ne semble pas exister de dispositions légales consacrant des régimes de protection à l'instar du DMCA ou de la directive sur le commerce électronique. Au contraire, tout semble contenu dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*. Pour des litiges relatifs au droit d'auteur, cet arrêt explique que l'intermédiaire qui « est partie à une communication d'un contenu protégé par le droit d'auteur [...] jouit d'une immunité¹⁹¹ ». De ce fait, et selon l'alinéa 2.4 (1) b) de la loi sur le droit d'auteur, l'intermédiaire « est réputé ne pas communiquer l'œuvre au public¹⁹² ». Cette jurisprudence fait aussi état de l'activité de *caching*¹⁹³ et la considère comme nécessaire « pour maximiser les économies et la rentabilité » de l'intermédiaire, jugeant d'ailleurs qu'elle n'a « aucune incidence sur le contenu » et qu'elle « ne devrait avoir aucun effet juridique sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final ». Enfin, cette décision pose également les fondements de la responsabilité des hébergeurs. Pour que la loi sur le droit d'auteur s'applique, il faut tout d'abord que la communication provienne d'un serveur situé au Canada¹⁹⁴. Selon la Cour, « le fournisseur de services Internet qui exploite un serveur hôte n'est pas privé de la protection de l'al. 2.4 (1) b) [de la loi sur le droit d'auteur] lorsqu'il fournit ses installations et services habituels¹⁹⁵ ». Elle se base sur un rapport de la Commission du droit d'auteur qui stipule que « tant que [le] rôle [du fournisseur de serveur hôte] relativement à une transmission donnée est limité à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d'autrui et destinées à être transmises sur l'Internet, et tant que les services accessoires qu'il fournit ne vont pas jusqu'à la participation à la communication de l'œuvre ou à l'autorisation de sa communication, il convient de lui accorder le bénéfice de l'exemption¹⁹⁶ ». Cette jurisprudence consacre aussi une sorte de *notice and takedown procedure* au considérant 110, estimant qu'un intermédiaire qui ne se conformerait pas à l'avis de retrait pourrait voir sa responsabilité (indirecte) engagée.

4.7. LA SUISSE

Le droit suisse ne connaît pas de dispositions spécifiques concernant la responsabilité en droit d'auteur sur Internet. Une loi fédérale sur le commerce électronique¹⁹⁷ était en projet au début des années 2000 ; elle ne contenait pas de dispositions sur cette responsabilité. Ce projet de loi a d'ailleurs été abandonné¹⁹⁸ par le Conseil fédéral en 2005. En Suisse, il faudra donc utiliser les dispositions de droit commun et, en ce qui concerne les actions réparatrices, les dispositions du Code des obligations (CO ; articles 41 et suivants). GILLIERON s'en faisait déjà l'écho¹⁹⁹ en 2002. Sept ans plus tard, FRECH constate un manque de décisions pratiques et pertinentes dans le domaine²⁰⁰. Bien que la loi sur le droit d'auteur ne mentionne pas expressément Internet dans ses dispositions (notamment sur les droits exclusifs de l'auteur²⁰¹), il ne faut en aucun cas y voir une lacune. Actuellement, le droit est encore incertain sur la question de la responsabilité pénale et civile des fournisseurs de services Internet en

¹⁹¹ *Id.* consid. 87.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Id.* consid. 115.

¹⁹⁴ *Id.* consid. 104.

¹⁹⁵ *Id.* consid. 103.

¹⁹⁶ *Id.* consid. 95.

¹⁹⁷ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2002/2002-12-091.html> ; http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_konsumentenschutz_geschaeftsverkehr.html.

¹⁹⁸ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2005/2005-12-212.html>.

¹⁹⁹ GILLIERON, responsabilité, p. 430 ; voir aussi <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=507>, un article de 2004, par Bruno CINELLI et Julien BRUCHET, jugeant que la Suisse « fait une nouvelle fois figure d'exception ».

²⁰⁰ FRECH, p. 333.

²⁰¹ Art. 10 LDA.

Suisse. La jurisprudence est quasi inexistante et traite, dans les rares cas soumis à un tribunal, de la responsabilité pénale²⁰².

À notre avis, l'intermédiaire suisse qui, de manière passive, ne ferait que permettre l'accès, la transmission ou le stockage de contenus protégés par le droit d'auteur ne devrait pas encourir de responsabilité, à l'instar des solutions retenues dans le DMCA et la directive sur le commerce électronique. Retenir une solution différente serait inéquitable. En effet, sachant que seul l'auteur de l'œuvre a le droit de la diffuser²⁰³, lorsqu'un internaute met l'œuvre à disposition de tout un chacun sur Internet, l'auteur de l'œuvre doit s'en prendre au responsable de la diffusion et non à l'intermédiaire technique. La situation actuelle telle que consacrée par le droit suisse est toutefois problématique.

Il faut tout d'abord différencier suivant quel intermédiaire est impliqué. Si l'intermédiaire est un fournisseur d'accès qui n'a joué qu'un rôle passif, ce sera à l'utilisateur contrefaisant d'être recherché pour violation des droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre, car l'œuvre reproduite n'est pas mise à disposition pas le fournisseur d'accès. Si l'intermédiaire est un hébergeur, la question est plus délicate. En effet, l'œuvre se trouvant sur le site ou la plateforme qui la met à disposition est également stockée sur les serveurs de l'hébergeur. Ce dernier met donc l'œuvre à disposition du public²⁰⁴ et se trouvera suivant le cas en violation de l'article 10 alinéa 2 lettres a à c LDA²⁰⁵, ce qui permettra à l'ayant droit d'attaquer tant l'exploitant du site que l'hébergeur²⁰⁶. L'ayant droit bénéficierait alors d'une protection trop étendue, notamment en regard de l'activité de l'hébergeur qui est indispensable au fonctionnement d'Internet.

Une telle action contre l'intermédiaire ne pourra entraîner le paiement de dommages et intérêts que dans le cas où l'ayant droit démontre que l'intermédiaire a commis une faute. Celle-ci se définit comme « un manquement [...] aux devoirs imposés par l'ordre juridique [impliquant que] le responsable n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui²⁰⁷ ». Il faudra donc se demander si l'intermédiaire a pris les précautions que l'on pouvait attendre de lui. Comme nous le verrons plus bas, un hébergeur peut exercer un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, alors que le fournisseur d'accès ne peut exercer qu'un contrôle *a priori*. Concentrons-nous uniquement sur l'hébergeur. Celui-ci peut procéder à un contrôle préventif si les contrats le liant à ses clients le prévoient. Un devoir général de contrôle préventif du contenu n'est pourtant pas prévu en droit suisse ; du reste, il est interdit en droit communautaire²⁰⁸. Cependant, l'appréciation du caractère illicite du contenu quant au droit d'auteur pourrait poser problème à l'hébergeur et, selon les cas, engager sa responsabilité s'il a bloqué à tort ce contenu. Cette problématique apparaît aussi en cas de contrôle *a posteriori* si l'hébergeur acquiert par un tiers la connaissance d'un contenu violant le droit d'auteur et le bloque à tort.

Il reste que l'hébergeur doit avoir la capacité d'agir et ne pas le faire si l'on veut pouvoir engager sa responsabilité. Il faut rappeler ici que le prestataire de service ne pourra pas tenter de s'exonérer en invoquant qu'il n'était pas au courant de l'illicéité du contenu, car l'intention n'est pas nécessaire ; sa négligence pourrait donc engager sa responsabilité s'il y a eu une faute. Il pourra être poursuivi pour complicité d'infraction au droit d'auteur s'il est informé de l'illicéité des contenus et qu'il ne prend pas les mesures qu'on peut attendre de lui²⁰⁹. Il importera néanmoins de savoir quand et comment

²⁰² Pour plus d'informations, voir SONNEY/WERRO, pp. 129 ss ; cf. aussi *infra* 6.2.4.

²⁰³ Art. 10 al. 2 lit. d LDA.

²⁰⁴ Cf. *supra* 4.6 et note n° 192 où le droit canadien démontre qu'en l'absence d'une disposition expresse immunisant l'intermédiaire, le droit d'auteur considère qu'il communique l'œuvre au public. Il y aurait donc bien une violation du droit d'auteur à défaut d'une telle disposition.

²⁰⁵ Le droit de diffuser l'œuvre (art. 10 al. 2 lit. d LDA) ne semble pas concerné par la mise à disposition d'une œuvre sur Internet ; cf. *infra* 6.1.

²⁰⁶ On parlera alors de solidarité parfaite en cas de faute commune. L'art. 50 al. 1 CO stipule que « [l]orsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ».

²⁰⁷ TERCIER, p. 337, n° 1740.

²⁰⁸ Art. 15 Directive 2000/31/CE. Voir aussi *supra* 4.4.2.2 et note n° 160.

²⁰⁹ GILLIERON, responsabilité, pp. 432-433.

l'intermédiaire acquiert la connaissance de l'existence du contenu illicite ; dans le cas présent, le droit suisse ne fournit aucune réponse, ce qui signifie qu'il incombera à l'intermédiaire de prévoir contractuellement le moment et la façon dont il peut acquérir la connaissance de l'existence d'un contenu illicite.

Sur le plan civil encore, le droit suisse peut poser problème. En effet, les actions défensives des articles 28 et suivants du Code Civil (CC) permettraient d'ordonner à la personne (ici, un intermédiaire technique) qui participe à une atteinte illicite à la personnalité d'une autre personne de prévenir ou faire cesser l'atteinte. Le fait d'ignorer le caractère illicite de l'atteinte n'étant pas une excuse en droit suisse, un intermédiaire technique pourrait donc être considéré comme participant à l'atteinte et se trouver sanctionné sur cette base²¹⁰. Comme le suggèrent également SONNEY et WERRO, il serait opportun que la Suisse se dote de normes instaurant une limitation de responsabilité de principe, à l'instar des États-Unis et de l'Union européenne, en réservant les cas où le fournisseur de service était au courant (initialement ou postérieurement) de l'atteinte et n'a pas pris les mesures qu'on pouvait attendre de lui²¹¹. Ainsi, la protection ne serait pas inconditionnelle, mais subordonnée au respect de certaines obligations, notamment à un devoir de diligence.

En août 2011, le Conseil fédéral a rendu un rapport²¹² sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet, en réponse à un postulat de Géraldine Savary, conseillère aux États²¹³. À la question de savoir si la Suisse a besoin d'une loi contre le téléchargement illégal de musique, le Conseil fédéral a répondu par la négative, jugeant que le cadre juridique actuel permet de répondre de manière adéquate au problème des utilisations illicites d'œuvres. Il laisse toutefois la porte ouverte à des changements législatifs en affirmant vouloir « suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence²¹⁴ ». Il ne serait donc pas surprenant que la Suisse se dote, à moyen ou long terme, de dispositions légales relatives au droit d'auteur spécifiquement dans le milieu numérique.

À l'heure actuelle, et étant donné la quantité de données échangée sur Internet, il semble impensable d'exiger d'un fournisseur d'accès un contrôle préventif des données auxquelles il permet l'accès. Pour les hébergeurs, le contrôle apparaît plus facilement réalisable bien qu'il nécessite sûrement des outils techniques lourds en fonction notamment de la quantité de données stockées. Pour l'heure, en Suisse, la responsabilité des intermédiaires reste cantonnée à des dispositions contractuelles, mais celles-ci ne peuvent empêcher ces intermédiaires d'être attaqués en violation de l'article 10 alinéa 2 lettres a à c LDA. Dans l'idéal et afin de protéger au mieux les intermédiaires, ceux-ci devraient prévoir une sorte de *notice and takedown procedure* contractuelle, à l'image de celle du DMCA.

4.8. QUELQUES AUTRES PAYS

Au Japon, la loi de 2001 sur la limitation de la responsabilité pour préjudice des prestataires de services de télécommunication²¹⁵ exempte ces prestataires pour les communications tierces qui enfreindraient le droit. Toutefois, la protection tombe s'il est techniquement possible d'empêcher la communication et que le prestataire a connaissance de l'infraction ou a connaissance du contenu de la communication et pourrait être au courant de l'infraction²¹⁶. S'il prend des mesures raisonnables de blocage, et à certaines conditions, le prestataire n'est pas responsable envers l'émetteur de ces conte-

²¹⁰ SONNEY/WERRO, pp. 131 ss

²¹¹ *Ibid.*

²¹² <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-30.html>.

²¹³ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103263.

²¹⁴ Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, p. 13.

²¹⁵ Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Senders (Act No. 137 of 2001).

²¹⁶ *Id.* Art. 3 (1).

nus²¹⁷. Sans entrer dans les détails, la lecture de cette loi nous apprend qu'elle adopte une approche horizontale de la responsabilité, comme la directive européenne sur le commerce électronique.

En République de Corée, la loi sur la promotion de l'utilisation des réseaux d'information et de communication et sur la protection des informations²¹⁸ ainsi que la loi sur le droit d'auteur²¹⁹ prévoient une exemption de responsabilité pour les prestataires de services sur Internet. La loi sur le droit d'auteur contient un chapitre 6 (articles 102 et suivants) qui stipule qu'un prestataire de services est exempté s'il retire le contenu illégal de sa plateforme lorsqu'il prend connaissance de l'existence de ce contenu. La loi prévoit même une exemption dans le cas où le prestataire tenterait de retirer ou d'empêcher la transmission du contenu illégal, mais sans y arriver pour des raisons techniques. Toute personne qui affirme que ses droits d'auteur sont violés doit le prouver pour pouvoir demander au prestataire d'agir. À l'instar du DMCA, le prestataire doit désigner une personne chargée de recevoir les demandes d'ayants droit.

En 2008, la Nouvelle-Zélande a modifié le Copyright Act de 1994 en y ajoutant plusieurs dispositions relatives à la responsabilité des prestataires de services Internet²²⁰. La section 92B prévoit que ces prestataires n'enfreignent pas le droit d'auteur, même si leurs clients utilisent leurs services pour commettre des infractions au droit d'auteur. Il est intéressant de voir que la loi exclut tant la responsabilité directe que la responsabilité indirecte : il est dit que les prestataires n'enfreignent pas le droit d'auteur²²¹ et ne doivent pas être considérés comme ayant autorisé leurs clients à enfreindre le droit d'auteur²²². Cette même section indique néanmoins que les ayants droit ne sont pas limités dans leur possibilité de demander aux tribunaux de délivrer des injonctions contre les prestataires. Les sections 92C et 92E reprennent pour l'essentiel les dispositions de la section 512 (c), respectivement 512 (b) du DMCA. Le Copyright Act ne contient pas de dispositions relatives aux moteurs de recherche. La raison vient du fait que la Nouvelle-Zélande considère qu'un lien hypertexte ne peut pas violer le droit d'auteur²²³. La loi de 2008 de modification du Copyright Act contenait des dispositions s'apparentant à la réponse graduée (cf. *infra* 5.2) mais celles-ci ne sont pas rentrées en vigueur comme prévu, suite à de nombreuses et fortes protestations de la part des milieux intéressés²²⁴.

Comme nous l'avons vu (cf. *supra* 4.1), l'Inde a adopté en 2000 des dispositions spécifiques dans son *Information Technology Act* qu'elle a ensuite précisées en 2008. Un prestataire de service Internet doit remplir trois conditions pour bénéficier de la protection: sa fonction doit être limitée à la fourniture d'un accès à un système de communication sur lequel des informations sont stockées ou transmises par des tiers ; il ne doit pas être à l'origine de la transmission, ni sélectionner le destinataire de l'information, ni sélectionner ou modifier l'information ; enfin, il doit être diligent dans l'exécution de ses fonctions²²⁵.

4.9. RESUME

Nombreux sont les pays à avoir adopté des règles spécifiques au droit d'auteur sur Internet, notamment en relation avec la responsabilité des intermédiaires. La Suisse ferait presque figure de mauvais élève puisqu'elle se borne, non sans un certain succès et au vu du peu de jurisprudence rendue dans le

²¹⁷ *Id.* Art. 3 (2).

²¹⁸ Act on Promotion of Information and Communication Network Utilization and Information Protection.

²¹⁹ Copyright Act 1957 (loi n° 432 amendée par la loi n° 9625 du 22 avril 2009).

²²⁰ Copyright Act 1994, Sections 92A à 92E.

²²¹ *Id.* Section 92B (2) (a).

²²² *Id.* Section 92B (2) (b).

²²³ ANDERSON, Nate, « New ACTA leak shows major resistance to US-style DRM rules », mars 2010, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2010/03/new-acta-leak-shows-major-resistance-to-us-style-drm-rules.ars> : « We understand this provision covers information location tools such as search engines [...]. It is not clear how the provision or use of information location tools breaches copyright, or why third party liability should arise for the provision of such tools. »

²²⁴ <http://www.beehive.govt.nz/release/government-amend-section-92a>.

²²⁵ Art. 79 Information Technology Act (2008).

domaine, à ne pas se doter d'une législation spécifique, par exemple calquée sur la directive sur le commerce électronique.

Les pays qui ont légiféré ont en principe adopté des régimes similaires se fondant pour la plupart sur les règles du DMCA et de la directive sur le commerce électronique, comme l'a fait la Nouvelle-Zélande. Depuis l'adoption de ces deux textes, des normes comparables ont essaimé dans divers ordres juridiques. Tous n'ont pas consacré des régimes différenciés pour chaque type d'activité déployée, mais on constate que les règles sont de manière générale relativement semblables.

Les raisonnements des tribunaux sont intéressants car ils ne se basent pas nécessairement sur les mêmes considérations et arguments, notamment pour des raisons historiques dans les pays de *common law* qui hésitent moins à appliquer au monde numérique des solutions adoptées pour le monde réel. Certains, comme l'Australie et le Canada, sont confrontés à des particularités spécifiques à leur droit (« l'autorisation de commettre une infraction ») ; toutefois, cela ne les a pas empêchés de se doter de règles permettant de contourner cette singularité et rappelant les règles américaines.

De manière générale, on constate un consensus autour du fait qu'Internet a bouleversé la donne, en particulier dans le domaine du droit d'auteur, et qu'il nécessite toute l'attention des législateurs et tribunaux. Il sera intéressant de constater si les lois et jurisprudences adoptées jusqu'ici s'accroissent de la notion de plateforme interactive qui, on l'a vu, implique davantage les utilisateurs finaux dont le nombre ne cesse de croître.

5. L'évolution des régimes de responsabilité

D'autres régimes de responsabilité ont émergé en parallèle ou en réponse aux régimes détaillés ci-dessus. Nous en développerons trois qui ont été appliqués, à tout le moins testés, dans différents pays.

5.1. LE REGIME « AVIS ET AVIS » OU « NOTICE AND NOTICE »

Cette procédure est similaire à la *notice and takedown procedure*, mais lorsqu'un intermédiaire reçoit un avis d'infraction au droit d'auteur par l'un de ses clients, il le transmet simplement au client concerné. L'intermédiaire n'a rien d'autre à faire : il ne retire pas le contenu illicite ni ne dévoile l'identité du client aux ayants droit. Le régime *notice and notice* est notamment utilisé au Canada où l'un des grands prestataires de services Internet, Belle Canada, recevait 15'000 avis par mois en 2009²²⁶.

Ce système s'inscrit en réaction à la *notice and takedown procedure*. Au Canada, certains fournisseurs de services Internet l'ont appliqué sur une base volontaire²²⁷. L'idée derrière ce système serait de mieux protéger les intérêts des différentes parties²²⁸ en n'autorisant pas les intermédiaires à retirer les contenus avant que l'internaute ait été mis au courant et en ne dévoilant pas l'identité des internautes concernés. La liberté d'expression ne serait pas mise en cause. Cette méthode aurait essentiellement un but éducatif et d'intimidation : les utilisateurs partageant des œuvres protégées se rendront compte qu'ils ne peuvent se cacher et qu'ils devraient se tourner vers des offres légales²²⁹.

En 2005, le Canada a tenté de codifier²³⁰ cette pratique dans la loi sur le droit d'auteur afin de l'imposer à tous les prestataires de services sur Internet. Toutefois, la loi contenant ces dispositions a disparu lorsque le parlement canadien a été dissous, en novembre 2005. Ce projet de loi prévoyait l'obligation pour les intermédiaires de retirer des contenus violant le droit d'auteur uniquement lorsqu'ils en recevaient l'ordre d'un tribunal²³¹ ; une amende était prévue contre l'intermédiaire en cas d'échec par ce dernier de la transmission de l'avis d'infraction à l'utilisateur. Pour l'instant, le Canada continue d'appliquer ce régime, sans base légale formelle mais simplement contractuelle.

5.2. LA REPONSE GRADUEE OU « NOTICE AND DISCONNECTION »

La réponse graduée (« *three strikes and you're out* ») implique davantage les prestataires de services Internet, en particulier les fournisseurs d'accès. En principe prévue dans une loi, cette procédure a pour ultime conséquence l'interruption de la connexion Internet d'une personne après que celle-ci a été avertie plusieurs fois (« *strikes* ») que son comportement portait atteinte aux droits d'auteur. De nombreux pays ont adopté ce système.

En octobre 2009, la France s'est dotée d'une loi²³² instituant une nouvelle autorité, la HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet). Celle-ci a pour mission de récolter les plaintes des ayants droit et, si elles sont fondées, d'envoyer des recommandations à l'utilisateur²³³. La suspension de l'accès à Internet peut durer une année au maximum, durée pendant laquelle l'utilisateur reste astreint au paiement de l'accès à Internet.

Le Parlement britannique a adopté en avril 2010 le *Digital Economy Act* qui contient une variante de la réponse graduée. A l'inverse de la France, l'Angleterre a n'a pas instauré une nouvelle autorité mais

²²⁶ OCDE, p. 148.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Michael Geist, *The Effectiveness of Notice and Notice*, 15 février 2007 : <http://www.michaelgeist.ca>.

²²⁹ EDWARDS, p. 29.

²³⁰ Projet de loi C-60 (Première session, trente-huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005).

²³¹ *Id.* section 29.

²³² Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

²³³ Voir le site de la HADOPI pour plus d'informations : <http://www.hadopi.fr>.

en a utilisé une existante, l'Ofcom²³⁴. La suspension de l'accès à Internet de l'utilisateur est possible, mais aussi la prise de mesures techniques (non définies dans la loi) afin de limiter cet accès.

A l'inverse, d'autres pays ont rejeté le régime de la réponse graduée. La Suisse l'a fait récemment, par le biais d'un rapport du Conseil fédéral²³⁵. Celui-ci invoque notamment une potentielle incompatibilité de ce régime avec les engagements internationaux de la Suisse. Le Conseil fédéral a aussi rappelé qu'un rapport adressé au Conseil des droits de l'homme de l'ONU a conclu que « couper l'accès à Internet, quelle que soit la justification invoquée, même si celle-ci repose sur la violation des droits de la propriété intellectuelle, est disproportionné et constitue une violation de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques^{236, 237} ».

L'Allemagne a également écarté²³⁸ cette solution, apparemment en invoquant que le système est invasif et poserait des problèmes juridiques, en particulier avec le régime allemand de protection des données et le droit des télécommunications.

Pour sa part, l'Union européenne a d'abord rejeté²³⁹ la réponse graduée avant de l'admettre²⁴⁰ moyennant certaines garanties. Ainsi, des restrictions à l'accès à Internet ne peuvent être imposées que si le droit à la présomption d'innocence, le droit à la protection de la vie privée, le droit d'être entendu et le droit à un procès équitable et impartial sont respectés. Un contrôle juridictionnel doit en outre être garanti. Des procédures d'urgence ad-hoc pourront être prévues dans les cas où l'urgence est avérée et si ces procédures respectent la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

5.3. LE BLOCAGE ET LE FILTRAGE DES SITES WEB

Les méthodes de filtrage et de blocage des sites web ont constitué une autre solution envisagée par certains Etats. Selon le rapport de l'OCDE²⁴¹, deux approches peuvent être distinguées. La première consiste à demander ou imposer aux fournisseurs d'accès de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites dont on suppose qu'ils exercent une activité contrefaisante. La seconde se présente comme un examen du trafic Internet des clients suivi du filtrage des données si l'on y découvre du contenu contrefaisant.

Alors que l'Italie avait requis, en 2008, le blocage du site The Pirate Bay, le Danemark lui avait emboîté le pas la même année. Ces deux actions ont chacune été confirmées par la Cour Suprême d'Italie²⁴² en 2009 et la Cour Suprême du Danemark²⁴³ en 2010. Certains pays se sont dotés de législations permettant expressément le blocage de sites web. Le *Digital Economy Act* britannique prévoit une section 17 dédiée au blocage de sites dont il s'avère qu'ils sont utilisés pour une activité contrefaisante ou qu'ils ont un lien avec celle-ci²⁴⁴. L'Espagne a également instauré une procédure judiciaire de blocage des sites à l'encontre desquels des soupçons de contrefaçon ont été portés²⁴⁵.

²³⁴ Office of Communications.

²³⁵ Cf. *supra* 4.7.

²³⁶ RS 0.103.2.

²³⁷ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, Human Rights Council, Seventeenth session, § 78 : « [...] considers cutting off users from Internet access, regardless of the justification provided, including on the grounds of violating intellectual property rights law, to be disproportionate and thus a violation of article 19, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights ».

²³⁸ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Keine-Internetsperren-bei-Urheberrechtsverstoesen-204003.html>.

²³⁹ <http://www.iptegrity.com/index.php/telecoms-package/173-european-parliament-votes-against-3-strikes>.

²⁴⁰ <http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/content/20091105IPR63793>.

²⁴¹ OCDE, p. 154.

²⁴² <http://torrentfreak.com/supreme-court-opens-door-for-pirate-bay-block-091001>.

²⁴³ <http://www.edri.org/edriagram/number8.11/piratebay-denmark-supreme-court>.

²⁴⁴ Digital Economy Act, § 17 (1).

²⁴⁵ Cf. la loi (*ley*) *Sinde*, <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>.

La question du filtrage fait plus débat. Un arrêt récent de la CJUE a déclaré que le droit de l'Union européenne s'oppose au filtrage général et préventif des communications par un intermédiaire²⁴⁶. Techniquement, le fait de filtrer le contenu des communications implique sans doute le recours à la technologie *Deep Packet Inspection* (DPI²⁴⁷) qui permet effectivement de consulter le contenu des données acheminées. Cela permettrait probablement d'enrayer une partie du piratage, mais il semble manifeste que la liberté d'expression et la sphère privée seraient gravement mises en danger. En 2008 déjà, le Conseil de l'Europe avait émis une recommandation²⁴⁸ qui demandait aux Etats membres de s'abstenir de filtrer le contenu d'Internet, d'assurer le respect de la Convention Européenne des Droits de l'Homme si un filtrage devait être mis en œuvre, d'adopter des normes prévenant l'utilisation abusive des filtres pour empêcher l'accès à des contenus légaux, etc.

La justice anglaise a conclu au blocage de l'accès au site *The Pirate Bay* (dont nous parlerons au point 6.2.5 *infra*) au motif que *The Pirate Bay* et ses utilisateurs partagent illégalement de la musique sous droit d'auteur²⁴⁹. Cette décision fait suite à l'ordre donné à BT (anciennement British Telecom), en octobre 2011, de bloquer l'accès à Newzbin2, un site de partage de fichiers²⁵⁰.

En Suisse, un cas au moins fait état d'une tentative de blocage, mais dans une affaire pénale. En 2002, un juge d'instruction suisse avait requis des mesures de blocage de sites web hébergeant des contenus diffamants : il demandait à des fournisseurs d'accès de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites, notamment en modifiant les serveurs DNS afin de les faire pointer vers une page vide. Le juge basait sa demande sur les articles 58 et 177 du Code de procédure pénale vaudois permettant de conserver les preuves ; il est d'ailleurs surprenant d'invoquer des dispositions visant à la conservation des preuves afin de bloquer l'accès à un site. Certains fournisseurs d'accès ont fait appel de cette injonction. Le 2 avril 2003, le Tribunal d'accusation du Canton de Vaud a admis le recours estimant qu'aucun objet n'est susceptible d'être confisqué et que la base légale était manquante²⁵¹. Le Tribunal est allé plus loin : en se référant à l'ATF 121 IV 109 du 17 février 1995 dans lequel une personne responsable au sein des PTT de l'introduction du télékiosque avait été condamnée pour complicité de pornographie et de publications obscènes au motif qu'elle avait connaissance des activités illicites, et estimant la situation présente comparable à celle de l'arrêt du Tribunal fédéral, il a estimé que « lesdits fournisseurs, sachant que les sites contiennent des propos diffamatoires, calomnieux et injurieux, qui laissent le public en prendre connaissance en permettant l'accès, pourraient se rendre complices des infractions en cause ». Il conclut en rendant les fournisseurs d'accès « attentifs au fait que les deux sites en question ont un contenu qui pourrait être constitutif d'infractions pénales et qu'en laissant libre l'accès de ces sites au public, ils s'exposent à voir l'enquête dirigée contre eux en qualité de complices desdites infractions ». Cette solution demande donc aux fournisseurs d'accès de faire preuve de diligence dans le cas où on leur a signalé la présence de contenus illicites, afin d'en bloquer l'accès²⁵².

En France, la Cour d'appel de Paris a confirmé²⁵³ une mesure de filtrage afin d'empêcher l'accès à des contenus illicites (ici négationnistes). En référé, il avait été ordonné aux hébergeurs américains de bloquer l'accès à ces informations pour les internautes français. Comme l'un d'eux ne s'est pas conformé à cet ordre, des associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme et des associations de défense des libertés ont actionné plusieurs fournisseurs d'accès. Il leur a été fait injonction « de mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu du service de communication en ligne », ce qu'a entièrement confirmé la Cour d'appel.

²⁴⁶ Cf. *supra* note n° 160.

²⁴⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Deep_packet_inspection.

²⁴⁸ Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet.

²⁴⁹ <http://ipkitten.blogspot.com/2012/05/it-never-rains-but-it-pours-pirate-bay.html>.

²⁵⁰ Mark SWENEY, « BT ordered to block Newzbin2 filesharing site within 14 days », *The Guardian*, 26 octobre 2011, <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/oct/26/bt-block-newzbin2-filesharing-site>.

²⁵¹ L'arrêt est disponible sur <http://www.nrg4u.com/abuse/canton-de-vaud-tribunal-daccusation.pdf>.

²⁵² Voir la critique de Benoît TABAKA : <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=240>.

²⁵³ *SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c. UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a.*, Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2006.

6. L'application des régimes aux plateformes interactives

Maintenant que les principaux régimes légaux ont été détaillés, il est temps d'entreprendre l'étude de l'application de ces régimes aux plateformes interactives. Nous commencerons par faire un rapide résumé des droits d'auteur qui peuvent être concernés, puis nous passerons en revue le droit applicable à quelques unes des plateformes interactives les plus populaires.

Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que nous nous limiterons à l'étude des plateformes qui peuvent engager leur responsabilité secondaire, c'est-à-dire en particulier les plateformes où ce sont les utilisateurs qui apportent du contenu (*user generated content*). En effet, les plateformes offrant elles-mêmes du contenu (comme iTunes Store, Netflix, Spotify, etc.) n'ont que peu d'intérêt du point de vue de leur responsabilité secondaire en droit d'auteur puisque ces plateformes doivent négocier des licences avec les ayants droits pour proposer leur contenu.

6.1. LES DROITS CONCERNES

Sauf accord contraire, le droit de reproduire l'œuvre appartient à l'auteur de cette œuvre²⁵⁴. Il est donc évident que la reproduction d'une œuvre sans le consentement de son auteur viole les droits de ce dernier. En Suisse, l'auteur a le droit d'inclure des exemplaires de son œuvre dans des imprimés, phonogrammes, vidéogrammes, etc. y compris dans un ordinateur et d'y faire des copies sur d'autres supports informatiques²⁵⁵. Le téléchargement d'une œuvre depuis Internet est également considéré comme une reproduction²⁵⁶. Dès le moment où la reproduction de l'œuvre est reconnaissable et qu'elle a été réalisée sans l'accord de l'auteur, on se trouve face à une reproduction illicite²⁵⁷.

Ce qui précède s'applique aux reproductions permanentes et provisoires d'une œuvre²⁵⁸. Qu'en est-il de la reproduction temporaire dans le milieu numérique ? En Suisse, ce type de reproduction temporaire est expressément autorisé²⁵⁹ depuis 2008 à quatre conditions cumulatives (similaires à celles de la Directive 2001/29/CE²⁶⁰) :

- elle est transitoire ou accessoire ;
- elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ;
- son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre ;
- elle n'a pas de signification économique indépendante.

L'auteur dispose encore du droit exclusif de distribuer (ou de mettre en circulation) son œuvre²⁶¹. Ainsi, la distribution de l'œuvre (sur Internet ou non) sans le consentement de l'auteur constitue une violation du droit de ce dernier. La loi parle de distribution d'« exemplaires de l'œuvre » ; cela n'exclut pas l'exemplaire numérique de l'œuvre. En effet, il convient d'opérer une nette distinction entre l'œuvre elle-même et le support sur lequel elle se trouve, car le droit exclusif conféré à l'auteur ne concerne que l'œuvre et non son support²⁶².

²⁵⁴ Art. 10 al. 2 lit. a LDA, art. 5 al. 1 CB ; voir aussi la jurisprudence américaine, notamment *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 948 F.Supp. 923 (1996).

²⁵⁵ BARRELET/EGLOFF, pp. 61-62, n^{os} 11-12.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ GILLIERON, Internet, p. 268, n^o 353.

²⁵⁸ BARRELET/EGLOFF, pp. 180 ss.

²⁵⁹ Art. 24a LDA.

²⁶⁰ Art. 5 al. 1 et consid. 33 de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ; voir aussi l'art. 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996), ainsi que l'art. 16 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996).

²⁶¹ Art. 10 al. 2 lit. b LDA.

²⁶² GILLIERON, Internet, pp. 278-279, n^o 364.

L'auteur a également le droit exclusif de mettre son œuvre à disposition du public²⁶³, y compris sur Internet. Quiconque mettrait une œuvre à disposition du public sur Internet sans le consentement de l'auteur viole le droit de ce dernier. Un accès indirect à l'œuvre suffit, il n'est pas nécessaire que celle-ci apparaisse à l'écran²⁶⁴. Le droit est exercé même si le public n'a pas encore pris connaissance de l'œuvre ou ne l'a pas encore perçue au moment de sa mise à disposition ; il suffit que le public puisse percevoir l'œuvre ultérieurement²⁶⁵, la transmission ne devant pas être simultanée²⁶⁶. Ainsi, l'envoi sur Internet (*uploading*) d'une œuvre constitue non seulement une reproduction de celle-ci, mais également une mise à disposition²⁶⁷.

Enfin, le dernier droit qui semble concerner Internet est celui de la diffusion. L'auteur a ainsi le droit exclusif de diffuser son œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues²⁶⁸. Toutefois, le droit de distribution ne concerne pas la mise à disposition d'une œuvre sur Internet : celle-ci peut en principe être consultée n'importe quand et elle n'est stockée qu'en un lieu précis qu'il faut d'abord trouver²⁶⁹. De plus, comme le relève GILLIERON, « la notion de simultanéité n'est pas réalisée, la publicité [de l'œuvre] ne résultant que dans la multitude de [connexions] éventuelles qui se fait séparément par les internautes²⁷⁰ ».

6.2. LE PEER-TO-PEER (P2P) ET LE BITTORRENT

6.2.1. Introduction

Cette section sur le peer-to-peer s'attachera à évoquer les principaux procès, puis à déterminer si l'un des régimes de protection pouvait être appliqué au cas d'espèce.

Les réseaux peer-to-peer (P2P) ne sont pas des hébergeurs. Ce sont plutôt des intermédiaires qui permettent aux internautes de s'échanger des fichiers entre eux au moyen d'un logiciel spécial. On peut donc considérer ce logiciel comme une plateforme interactive. Il existe *grosso modo* quatre types de réseau P2P :

- le réseau P2P à index centralisé abrite la liste des fichiers stockés et partagés par les utilisateurs ; c'était le type de réseau utilisé par Napster ;
- le réseau P2P à index décentralisé implique que chaque ordinateur crée l'index des fichiers qu'il stocke et partage ; ce type de réseau a été utilisé par Grokster et Kazaa ;
- le réseau P2P à *supernodes* est une variante du précédent où certains utilisateurs acceptent que leur ordinateur héberge des sous-index afin d'accélérer les recherches ;
- enfin, le dernier type de réseau P2P est le réseau BitTorrent qui constitue une variante du P2P dans le sens où un fichier n'est pas fourni par un utilisateur X vers un utilisateur Y, mais par des dizaines d'utilisateurs qui fournissent chacun une partie du fichier²⁷¹ ; cette technologie est celle qu'a utilisé le site The Pirate Bay.

Ces développements technologiques subséquents ont été opérés afin d'améliorer l'efficacité des échanges, mais aussi afin d'échapper à la loi. La survie des réseaux P2P et BitTorrent tient à un fil aux Etats-Unis : la jurisprudence Sony Betamax²⁷². Il est de notoriété publique que ces réseaux servent à

²⁶³ Art. 10 al. 2 lit. c LDA, art. 14 al. 1 CB ; voir aussi l'art. 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, et l'art. 10 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, ainsi que l'art. 3 al. 1 de la Directive 2001/29/CE.

²⁶⁴ GILLIERON, Internet, p. 281, n° 367.

²⁶⁵ BARRELET/EGLOFF, p. 66, n° 22a.

²⁶⁶ DESSEMONTET, licence, p. 84, n° 117-2.

²⁶⁷ BARRELET/EGLOFF, p. 62, n° 12.

²⁶⁸ Art. 10 al. 2 lit. d LDA.

²⁶⁹ BARRELET/EGLOFF, pp. 67-68, n°s 26-26a.

²⁷⁰ GILLIERON, Internet, p. 282, n° 369.

²⁷¹ Cf. *infra* 6.2.5.

²⁷² Cf. *supra* 4.3.3.2 et note n° 105.

échanger des fichiers protégés par le droit d'auteur, mais ils servent aussi à échanger des fichiers sous licence libre, par exemple les distributions Linux²⁷³, sans avoir à les héberger sur un serveur. Si ces réseaux veulent persister et éviter d'engager leur responsabilité indirecte, ils doivent vanter l'utilisation légale qu'il est possible de faire (*capable of substantial noninfringing uses*).

Au début des années 2000, les ayants droit ont fait face à un problème de taille : comment poursuivre les créateurs et distributeurs de logiciels P2P pour violation des droits d'auteur (reproduction et mise à disposition) alors que ce sont les utilisateurs de ces logiciels qui échangent les fichiers ? Il était pour ainsi dire impossible de les poursuivre pour infraction directe au droit d'auteur ; le salut est venu de la responsabilité indirecte, ou *contributory and vicarious liability* aux Etats-Unis. Toutefois, comme on l'a vu dans l'affaire Sony Betamax, cette responsabilité tombe si l'on démontre qu'une utilisation licite (du logiciel, matériel, etc.) est possible.

6.2.2. Les « P2P leading cases » américains

Le premier test de l'application de la jurisprudence Sony Betamax a été réalisé dans l'affaire **Napster**²⁷⁴ aux Etats-Unis. Napster était un service de P2P, créé en 1999, et utilisé principalement par les internautes pour échanger des fichiers musicaux au format MP3. Napster cataloguait dans un index central les fichiers stockés sur les ordinateurs des utilisateurs, impliquant que toute requête (recherche) d'un fichier par un utilisateur interrogeait cet index. Au tribunal, Napster a tenté d'invoquer le fait que les utilisateurs du service bénéficiaient de l'exception du *fair use*²⁷⁵. Cet argument a été rejeté²⁷⁶, car les quatre critères pour analyser l'applicabilité de l'exception penchaient en défaveur de Napster. Les utilisateurs du service ont donc été considérés comme directement responsables, ce qui a mené à examiner la responsabilité secondaire de Napster. Ici, Napster a invoqué la jurisprudence Sony Betamax afin d'éviter cette responsabilité en démontrant que son logiciel pouvait être utilisé légalement. La Cour a également rejeté cet argument en considérant que Napster avait un plus haut degré de connaissance des infractions que Sony : en effet, l'index centralisé permettait à Napster d'avoir connaissance (*actual knowledge*) des fichiers échangés et, par ce biais, de la violation des droits d'auteur. Cet index centralisé a permis à la Cour d'admettre la responsabilité secondaire de Napster pour *contributory infringement*. La Cour a également retenu la *vicarious liability* en admettant que Napster avait obtenu des avantages financiers et qu'il lui était possible de contrôler son service en bloquant l'accès des utilisateurs à son service.

Dans une autre affaire américaine, deux ans plus tard, une Cour a emprunté une voie différente de celle prise par la Cour dans le cas Napster. Cette affaire met en cause **Aimster**²⁷⁷, un service de P2P un peu différent : en effet, Aimster crypte les communications entre les utilisateurs et le service et il repose sur le service AIM de discussion instantanée de la société AOL. Des maisons de disque ont attaqué Aimster et ont obtenu une injonction préliminaire pour faire fermer le service pendant le procès. Pour confirmer le jugement de première instance, la Cour d'appel du 9^e Circuit a estimé que « même quand une utilisation légale d'un logiciel de P2P existe, pour éviter d'engager sa responsabilité en tant que complice, le fournisseur de ce service doit démontrer qu'il aurait été financièrement insoutenable pour lui d'éliminer ou, au moins, de réduire significativement l'utilisation illicite²⁷⁸ ». La Cour avait auparavant comparé les deux utilisations possibles du service afin d'en saisir les propor-

²⁷³ http://fr.wikipedia.org/wiki/Distribution_Linux.

²⁷⁴ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (2000) ; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001).

²⁷⁵ Cf. *supra* note n° 107.

²⁷⁶ *A&M Records v. Napster* (2001), § 21-51.

²⁷⁷ *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634 (2002) ; *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (2003) ; *Aimster* a été renommé et est actuellement connu sous le nom *Madster*.

²⁷⁸ *In re Aimster Copyright Litigation* (2003) : « Even when there are noninfringing uses of an Internet file-sharing service [...] to avoid liability as a contributory infringer the provider of the service must show that it would have been disproportionately costly for him to eliminate or at least reduce substantially the infringing uses ».

tions ; elle avait affirmé qu'il n'était « pas suffisant que le service soit susceptible d'être utilisé légalement²⁷⁹ », rejetant la prise en compte d'une situation hypothétique (posée par l'arrêt Sony Betamax) pour ne conserver que la situation concrète, ce d'autant qu'Aimster ne pouvait pas démontrer que son service pouvait être utilisé légalement car les communications étaient cryptées. Ainsi, la doctrine *willful blindness* n'a pas été admise dans ce cas²⁸⁰. La Cour a donc rejeté les arguments d'Aimster basés sur l'arrêt Sony Betamax sans toutefois s'attarder sur la *vicarious liability*, estimant qu'il n'était pas nécessaire d'analyser cela en détail car la « politique de l'autruche » d'Aimster était un indice supplémentaire de sa complicité.

En 2005, la Cour Suprême des Etats-Unis a eu à trancher un litige²⁸¹ concernant **Grokster**, un service de P2P à index décentralisé. Cette architecture décentralisée rend difficile d'imputer aux fournisseurs de ces services le fait qu'ils ont connaissance des infractions puisqu'il n'existe plus d'index centralisé. C'est ce qui a amené l'affaire jusqu'à la Cour Suprême, les sociétés demanderesse ayant perdu en première instance²⁸² ainsi qu'en appel²⁸³. Comme pour les deux précédents cas, la responsabilité directe des internautes a été admise facilement en première instance et en appel. La Cour d'appel a analysé quel était le degré de connaissance de l'infraction par Grokster, rappelant que « si le produit en question ne peut pas être utilisé légalement, l'ayant droit doit démontrer que le défendeur avait une connaissance implicite de l'infraction ; à l'inverse, si le produit peut être utilisé légalement, l'ayant droit doit démontrer que le défendeur était au courant de l'infraction et n'avait pas agi pour empêcher cette infraction²⁸⁴ ». La Cour d'appel a retenu cette deuxième option et a aussi requis des demanderesse qu'elles « démontrent que Grokster avait connaissance des infractions au moment où il y contribuait²⁸⁵ ». La Cour d'appel a estimé que Grokster ne pouvait avoir connaissance des infractions puisqu'il n'y avait aucun index centralisé et, par conséquent, qu'il ne pouvait avoir contribué aux infractions. Concernant la *vicarious liability*, la Cour d'appel a jugé que Grokster n'avait pas les moyens de contrôler l'accès des utilisateurs. Grokster a donc été déclaré non-responsable.

Toutefois, devant la Cour Suprême, Grokster a perdu. Elle a retenu qu'il existait des preuves que Grokster savait que des infractions étaient commises (il se faisait connaître comme « similaire à Napster » et basait son *business model* sur le téléchargement d'œuvres protégées). Elle a aussi fait appel à de nouvelles règles de droit qui reposent sur l'incitation à commettre une infraction au droit d'auteur. Ainsi, « celui qui distribue un appareil dans le but de le voir utilisé pour enfreindre le droit d'auteur [...] est responsable des actes résultants des infractions par des tiers qui utilisent l'appareil, malgré que ce dernier puisse être utilisé légalement²⁸⁶ ».

²⁷⁹ *Id.* : « It is not enough [...] that a product or service be physically capable [...] of a noninfringing use ».

²⁸⁰ Cette doctrine suppose qu'une personne, pour éviter d'être responsable légalement, se met volontairement dans une situation où elle ne pourra pas être consciente ou avoir connaissance d'actes illicites. (Source : <http://definitions.uslegal.com/w/willful-blindness>)

²⁸¹ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

²⁸² *MGM v. Grokster*, 259 F.Supp.2d 1029 (2003).

²⁸³ *MGM v. Grokster*, 380F 3d 1154 (2004).

²⁸⁴ *Id.* : « If the product at issue is not capable of substantial or commercially significant noninfringing uses, then the copyright owner need only show that the defendant had constructive knowledge of the infringement. On the other hand, if the product at issue is capable of substantial or commercially significant noninfringing uses, then the copyright owner must demonstrate that the defendant had reasonable knowledge of specific infringing files and failed to act on that knowledge to prevent infringement ».

²⁸⁵ *Id.* : « Because contributory copyright infringement requires knowledge and material contribution, the Copyright Owners were required to establish that the Software Distributors had "specific knowledge of infringement at a time at which they contribute[d] to the infringement, and [] fail[ed] to act upon that information." »

²⁸⁶ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) : « One who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution with knowledge of third-party action, is liable for the resulting acts of infringement by third parties using the device, regardless of the devices lawful uses ».

En vertu du même raisonnement, le site permettant de télécharger le logiciel Limewire a été fermé²⁸⁷ en 2010. eDonkey avait été fermé²⁸⁸ en 2006, toujours sur la base de la jurisprudence Grokster. On peut donc en déduire que la jurisprudence Grokster met un terme au P2P décentralisé en tant que moyen d'échapper à la responsabilité indirecte aux États-Unis.

6.2.3. *Kazaa aux Pays-Bas et en Australie*

Le service de P2P Kazaa a fait l'objet de plusieurs procès, dont en tout cas deux en dehors des États-Unis. Ces deux cas sont intéressants car ils arrivent à deux résultats différents, basés sur deux approches et deux législations différentes. Il faut toutefois tenir compte du fait que l'arrêt hollandais a été rendu avant la décision de la Cour Suprême des États-Unis concernant Grokster (en juin 2005), et que l'arrêt australien a été rendu peu après celle-ci.

En 2001, aux Pays-Bas, Kazaa a été actionné en justice²⁸⁹ pour avoir violé les droits des membres de la société Buma/Stemra (un collectif d'auteurs). Le Tribunal a ordonné la cessation des activités illicites de Kazaa, la prise de mesures empêchant les utilisateurs du service de P2P de s'échanger des œuvres du répertoire de Buma/Stemra, ainsi que la poursuite des discussions entre les deux acteurs pour arriver à un accord de licence internationale. Kazaa a fait appel de cette décision, tout en fermant son site web en réponse aux ordres du Tribunal²⁹⁰. La Cour d'appel a renversé la décision de première instance au motif que Kazaa n'avait pas enfreint le droit d'auteur mais que la responsabilité de l'infraction revenait aux utilisateurs du service. Le fait pour Kazaa de fournir le moyen de publication ou de multiplication des œuvres n'est pas constitutif d'une infraction au droit d'auteur. Comme Kazaa n'a aucun moyen technique de contrôler les échanges – ce que la Cour d'appel a admis – et que ces derniers ne sont pas obligatoirement illicites – Kazaa avait donné comme exemple des échanges d'œuvres tombées dans le domaine public –, la fourniture d'un logiciel de P2P par Kazaa n'a pas été retenue comme illégale. Cette décision a été confirmée²⁹¹ par la Cour Suprême des Pays-Bas qui a estimé qu'aucune mesure adéquate ne pouvait être demandée à Kazaa pour remédier à la situation illicite. Il faut toutefois relever que ces décisions ont été rendues à titre préjudiciel et que Buma/Stemra a donc conservé la possibilité d'assigner Kazaa en justice dans le cadre d'un procès au fond.

On l'a vu, l'Australie utilise l'analyse dite de « l'autorisation de l'infraction²⁹² ». Le 5 septembre 2005, le Tribunal fédéral australien (la principale instance précédant la High Court of Australia, l'instance suprême) a jugé que la société Sharman Networks Ltd qui fournit le service Kazaa avait violé le droit d'auteur australien en autorisant les utilisateurs de ce service à commettre des infractions au droit d'auteur²⁹³. Le Tribunal a retenu que la défenderesse savait pertinemment que son logiciel était utilisé pour commettre des infractions au droit d'auteur à large échelle et aurait sciemment maintenu son service dans ce but. Sur son site, Kazaa aurait aussi encouragé ses utilisateurs – par des messages leur demandant de « rejoindre la révolution » – à défier les sociétés de production et, partant, n'aurait pas pris les mesures techniques pour empêcher les violations du droit d'auteur. Kazaa a donc été tenu pour responsable des violations du droit d'auteur parce qu'il les avait autorisées. Le Tribunal avait encore ordonné à Kazaa de mettre un terme à la possibilité pour les utilisateurs de s'échanger des œuvres protégées, mais il avait également pris en compte le fait que Kazaa ne pourrait probablement pas empêcher totalement les violations ; aussi a-t-il permis à Kazaa de modifier son logiciel pour y inclure des systèmes visant à protéger les droits des demanderesse. Le « nouveau » logiciel ne sera donc pas considéré comme autorisant des violations du droit d'auteur si toutes les versions de ce logi-

²⁸⁷ HALLIDAY, Josh, « LimeWire shut down by federal court », 27 octobre 2010, The Guardian : <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/oct/27/limewire-shut-down>.

²⁸⁸ « RIAA drops the dead eDonkey », 14 septembre 2006 : <http://www.out-law.com/page-7299>.

²⁸⁹ *Buma/Stemra v. Kazaa*, KG 01/2264 OdC (29 novembre 2001).

²⁹⁰ *Kazaa v. Buma/Stemra*, 1370/01 SKG (28 mars 2002).

²⁹¹ *Kazaa v. Buma/Stemra*, C02/186HR (19 décembre 2003).

²⁹² Cf. *supra* 4.5 et notes n^{os} 162 ss.

²⁹³ *Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd*, [2005] FCA 1242.

ciel contiennent une technologie de filtrage de certains mots clés qui ne peut être désactivée par les utilisateurs, et si Kazaa fait pression sur ses utilisateurs pour qu'ils mettent à jour leur logiciel vers cette nouvelle version.

Un an auparavant, un auteur australien avait suggéré que « dans le cas du P2P, si le distributeur du logiciel de P2P a des raisons sérieuses de suspecter que des activités illégales peuvent avoir lieu, et s'il a la possibilité de prévenir ou de contrôler ces activités mais qu'il ne prend pas les mesures qu'on peut attendre de lui, on devra considérer qu'il a autorisé ces infractions²⁹⁴ ». On peut raisonnablement admettre que si Kazaa avait suivi cet avis et avait intégré la technologie de filtrage, il aurait échappé aux poursuites – mais il aurait alors perdu tout son intérêt pour les utilisateurs. Toutefois, cet avis pose quelques questions auxquelles il ne nous appartient pas de répondre. A partir de quand peut-on admettre qu'il faut nourrir des raisons sérieuses quant à la commission d'infractions au droit d'auteur ? Quelles possibilités de prévention ou de contrôle sont envisageables, en particulier quand le système est décentralisé ? Le service de P2P devrait-il répondre favorablement à des demandes de filtrage provenant des ayants droit, à l'instar de la *notice and takedown procedure* ? Le service devrait-il être conçu *ab initio* avec des technologies empêchant la violation des droits d'auteur ?

6.2.4. *Le P2P en Suisse*

A notre connaissance, la Suisse n'a connu que peu d'affaires d'infraction au droit d'auteur commises au moyen de réseaux de P2P. Nous en évoquerons deux, bien que les informations à leur sujet soient quasi absentes.

En juillet 2006, le Tribunal cantonal des Grisons a rendu une décision²⁹⁵ criminalisant le téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur sur les réseaux P2P. Le Tribunal avait reconnu la complicité de l'administrateur du forum qui stockait les liens vers les œuvres à télécharger. Son action était de plus intentionnelle puisqu'il savait qu'en publiant des liens pour télécharger des œuvres protégées, il favorisait leur téléchargement.

En mai 2005, des sociétés américaines de production cinématographique ont déposé une plainte pénale à Sion, en Valais, contre l'administrateur du serveur de P2P « Razorback2 » (qui se trouvait en Belgique et qui faisait partie du réseau eDonkey/eMule) pour infraction à la loi suisse sur le droit d'auteur. Cette affaire s'est transformée en imbroglio judiciaire²⁹⁶ pour aboutir (partiellement) en 2010 à un jugement du Tribunal fédéral concernant la protection des données²⁹⁷.

6.2.5. *BitTorrent et The Pirate Bay*

La technologie *BitTorrent* repose sur plusieurs principes²⁹⁸. Le fonctionnement est similaire à du P2P classique (aucun fichier n'est hébergé directement sur un serveur central, par exemple) mais il diffère de ce dernier sur plusieurs points, en particulier :

- le fichier n'est pas transféré d'une personne à une autre, mais il est découpé en plusieurs parties et chaque personne possédant le fichier entier fournit une partie du fichier à la personne qui le demande ;

²⁹⁴ DOUGLAS, Guy, « Copyright and Peer-To-Peer Music File Sharing : The Napster Case and the Argument Against Legislative Reform », Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 11, Numéro 1 (mars 2004), <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n1/douglas111.html> : « [...] in the case of P2P sharing, if the distributor of the P2P software has reasonable grounds to suspect that infringing activities were likely to take place, and they have the power to prevent or control those activities and do not take reasonable steps to do so, then they have authorised these infringements ».

²⁹⁵ Kantonsgericht Graubünden, Réf. : PS 06 5 (GR), 27 juillet 2006 *in* Sic! 2008 p. 205.

²⁹⁶ Pour un résumé complet de cet imbroglio, voir l'ouvrage de Me Sébastien FANTI, *Alcatraz numérique*, Editions Xenia, Vevey, 2009.

²⁹⁷ ATF 136 II 508, critiqué par Philippe Meier au JdT 2011 II p. 446.

²⁹⁸ [http://fr.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_\(protocole\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_(protocole)).

- le système repose sur un logiciel (client) dans lequel on ouvre un fichier *torrent* téléchargé depuis un *tracker* (un serveur qui sait qui dispose du fichier, qui est disponible pour le partager, etc.), ce fichier permettant de lancer le téléchargement du fichier.

BitTorrent pose au moins deux problèmes²⁹⁹ si l'on désire lui appliquer les jurisprudences *Grokster*, *Aimster* ou *Napster*. Premièrement, là où les logiciels comme *Limewire* ou *Kazaa* étaient des logiciels propriétaires, *BitTorrent* est un protocole *open source*³⁰⁰. Ainsi, même dans le cas où des logiciels *BitTorrent* sont retirés, rien n'empêche de nouveaux logiciels de voir le jour puisque leur technologie est connue et leur fonctionnement publié et librement accessible. Deuxièmement, *BitTorrent* porte le sujet au niveau international puisque le *tracker* peut se trouver dans un pays, et le serveur fournissant le logiciel, dans un autre ; c'est probablement l'obstacle le plus épineux car tous les pays ne sont pas aussi sévères, tous ne sont pas enclins à donner suite à des injonctions, etc. Pour cette section dédiée au *BitTorrent*, nous nous concentrerons sur *The Pirate Bay*³⁰¹.

The Pirate Bay est un site suédois hébergeant un *tracker*, créé en 2003, initialement pour y stocker des fichiers *torrent*. L'épisode qui nous intéresse est le procès³⁰² de ses quatre fondateurs et administrateurs, en 2009. Une année auparavant, un procureur suédois avait ouvert une enquête contre ces quatre personnes et les avait accusées de complicité d'infraction à la loi suédoise sur le droit d'auteur. L'accusation portait donc sur le fait que les défendeurs avaient principalement fourni à des tiers l'opportunité d'envoyer (*uploading*) des fichiers *torrent* sur leur *tracker* et de chercher et télécharger ces fichiers.

Le principal moyen de défense invoqué était que *The Pirate Bay* n'était qu'une sorte de moteur de recherche qui fournissait des liens vers des fichiers. Il ne fournissait que des informations sur les fichiers *torrent* sans que ses responsables n'aient pris part activement dans le référencement de ces fichiers. De plus, la production des copies des œuvres avait eu lieu sur les ordinateurs des utilisateurs, pas sur le *tracker*. A l'appui de leur premier argument, les responsables avaient créé un site³⁰³ montrant que Google offrait la même fonction de recherche (de fichiers *torrent*) que *The Pirate Bay*. Ses responsables espéraient ainsi démontrer que la protection accordée aux moteurs de recherche devait aussi être appliquée dans ce cas. Le Tribunal n'a pas retenu cet argument, estimant que « la fourniture d'un site avec des fonctions avancées de recherche, d'envoi et de téléchargement, ainsi que la mise sur pied d'un moyen visant à mettre en relation des utilisateurs via un *tracker* facilitaient la commission d'infraction au droit d'auteur et, par conséquent, constituaient une forme de complicité³⁰⁴ ». De plus, le Tribunal avait retenu que les défendeurs étaient conscients qu'un grand nombre d'utilisateurs étaient impliqués dans la mise à disposition de contenus protégés par le droit d'auteur ; selon le Tribunal, ils auraient délibérément ignoré cet état de fait. Les demanderesses avaient d'ailleurs affirmé que les défendeurs avaient ignoré leurs avertissements concernant la présence de fichiers leur appartenant.

Au regard de la jurisprudence *Grokster*, la décision de la justice suédoise n'apparaît pas comme choquante. Elle a d'ailleurs été confirmée en appel et par la Cour Suprême de Suède³⁰⁵. L'argument des responsables visant à comparer un *tracker* à un moteur de recherche classique n'est pas dénué de sens, mais, comme l'a relevé le Tribunal, il pose tout de même la question des actes des responsables du service, de leurs intentions et de leur degré de connaissance de l'illégalité de leur service (par exemple, en comparaison de Google, dont le but n'est pas de référencer des contenus illégaux).

²⁹⁹ EDWARDS, p. 22.

³⁰⁰ http://fr.wikipedia.org/wiki/Open_source.

³⁰¹ <http://thepiratebay.se> (<http://thepiratebay.org> jusqu'en février 2012).

³⁰² *Sony et consorts v. Neij*, Verdict B 13301-06, 17 avril 2009, cas n° B 13301-06 ; traduction anglaise non officielle de l'IFPI : <http://www.ifpi.org/content/library/Pirate-Bay-verdict-English-translation.pdf>.

³⁰³ <http://www.thepirategoogle.com>.

³⁰⁴ Cf. *supra* note n° 302 (p. 48 de la traduction).

³⁰⁵ Cf. par ex. <http://www.wired.com/threatlevel/2012/02/supreme-court-of-sweden-upholds-pirate-bay-prison-sentences>.

6.2.6. L'éligibilité pour les safe harbors

Les exploitants de ces principales plateformes P2P ont tous été considérés par la justice, sinon directement responsables des activités des utilisateurs, du moins complices des infractions commises pour avoir mis à disposition des internautes un moyen technique leur permettant de violer le droit d'auteur. Ces plateformes P2P n'auraient-elles pas pu ou dû tomber dans le champ d'application du DMCA, de la directive sur le commerce électronique ou d'autres dispositions protectrices ?

Avant d'aller plus loin, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les dispositions relatives à l'hébergeur³⁰⁶ sont absolument inapplicables dans le cas du P2P puisque personne ne stocke les fichiers échangés, à part les utilisateurs eux-mêmes. De même, les dispositions sur le *caching*³⁰⁷ ne devraient pas trouver application. Enfin, il faut rappeler qu'en droit américain, tous ces régimes de protection sont soumis à la condition générale que le prestataire doit entreprendre tout ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour empêcher l'utilisation de son service par des personnes commettant des infractions répétées³⁰⁸.

Napster avait bel et bien invoqué la protection que procurait le DMCA aux fournisseurs d'accès³⁰⁹ : selon lui, il ne pouvait donc pas être tenu comme indirectement responsable. En effet, par son activité visant à connecter entre eux les utilisateurs afin qu'ils s'échangent des fichiers, d'un disque dur à l'autre via le réseau, Napster considérait être une entité qui offre la transmission, l'acheminement ou la fourniture de connexions³¹⁰. Le Tribunal doutait³¹¹ pourtant que Napster soit un « fournisseur de services Internet » au sens du DMCA. Toutefois, il supposera que c'est le cas, sans retenir formellement cette solution³¹². Les demandresses étaient évidemment contre l'application à Napster de la protection du fournisseur d'accès et invoquaient, à juste titre, l'argument qu'il n'avait pas le rôle passif d'un « simple tuyau » (*mere conduit*) : en effet, les connexions et transferts n'étaient pas effectués à travers les serveurs de Napster puisque ceux-ci ne servaient qu'à répertorier les fichiers disponibles entre utilisateurs connectés et à fournir à ces derniers l'adresse IP de l'ordinateur recherché, à charge ensuite du logiciel de Napster de se connecter directement à cet ordinateur. Le Tribunal a rejoint cette opinion. Il a également considéré que Napster n'était pas un « simple tuyau » puisqu'il ne fait que faciliter les connexions, mais ne fournit pas de connexions à travers son système puisque les connexions sont effectuées par Internet. Le Tribunal n'a pas étudié le cas du routage³¹³ (*routing*) qui consiste, pour un routeur, à sélectionner le chemin par lequel faire passer les données afin qu'elles arrivent à bon port. Le Tribunal, sans argumenter, a estimé que Napster ne fournissait pas une prestation s'apparentant à du routage puisque les données échangées ne transitent pas par ses serveurs.

En août 2000, le Tribunal avait dénié à Napster l'applicabilité du *safe harbor* dédié aux moteurs de recherche, après être arrivé à la conclusion que Napster avait des raisons d'être au courant des infractions commises par des tiers³¹⁴. Tout en rappelant les conditions d'application de cette disposition, le Tribunal ne lui a simplement donné aucune valeur, car Napster n'avait pas réussi à persuader le Tribunal qu'il était couvert par cette disposition³¹⁵. La Cour d'appel a refusé cette conclusion qui, selon

³⁰⁶ Par ex. 17 U.S.C. § 512 (c) et art. 14 Directive 2000/31/CE.

³⁰⁷ Par ex. 17 U.S.C. § 512 (b) et art. 13 Directive 2000/31/CE.

³⁰⁸ 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (A).

³⁰⁹ *Id.* § 512 (a).

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Opinion de la juge de district Marilyn Hall Patel sur l'application du DMCA à *Napster*, 5 mai 2000 : <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/AMRecords.html> ; 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (A).

³¹² *Id.* : « The court assumes, but does not hold, that Napster is a "service provider" under subparagraph 512 (k) (1) (A) ».

³¹³ <http://fr.wikipedia.org/wiki/Routage>.

³¹⁴ 17 U.S.C. § 512 (d).

³¹⁵ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (2000) : « Napster, Inc. attempts to persuade the court that subsection 512(d) provides an applicable safe harbor. However, this subsection expressly excludes from protection any defendant who has "[a]ctual knowledge that the material or activity is infringing

elle, rendait inapplicable le DMCA *per se* simplement parce que Napster était potentiellement indirectement responsable.

Il est encore intéressant de constater que les sociétés demandresses avaient émis des doutes récurrents pendant la procédure³¹⁶ :

- Napster est-il un fournisseur de services Internet au sens du § 512 (d) ?
- Les ayants droit doivent-ils notifier officiellement les fournisseurs de services Internet que des activités illicites ont lieu afin que ces fournisseurs le sachent ?
- Napster est-il soumis au § 512 (i) qui, dans ce cas, lui imposerait d'établir des conditions générales relatives au droit d'auteur ?

Ces questions sont apparemment restées sans réponse de la part de la justice.

A l'instar de Napster, **Aimster** avait également appelé à ce qu'on lui applique les dispositions du DMCA. En première instance³¹⁷, le Tribunal a commencé par rappeler que la protection octroyée par le DMCA était applicable uniquement aux prestataires « innocents » qui pouvaient démontrer qu'ils n'avaient pas connaissance des infractions commises sur leur système. Cette protection disparaît au moment où le prestataire perd son « innocence », c'est-à-dire quand il apprend que des tiers utilisent son système pour violer le droit. Le Tribunal a ensuite analysé les différents *safe harbors* applicables. Admettant qu'Aimster est un fournisseur de services Internet et bien qu'il ne se soit pas conformé au § 512 (i), le Tribunal a dénié l'application du § 512 (a) pour les mêmes raisons que Napster puisque, comme pour lui, les informations transmises entre les utilisateurs ne transitaient pas via les serveurs d'Aimster ou via son système. Comme Napster, Aimster a pour but de créer des « réseaux privés » entre utilisateurs. Le Tribunal n'est pas entré en matière sur la protection pour le *caching*, estimant qu'elle n'était tout simplement pas applicable en l'espèce. Quant à celle des moteurs de recherche, il n'a pas autorisé Aimster à s'en prévaloir car il n'en remplissait pas les conditions, à savoir :

- le prestataire ne peut pas avoir connaissance d'activités ou de contenus illicites ;
- il ne peut pas, en l'absence d'une telle connaissance, avoir des raisons de croire que son système est utilisé à des fins illégales ;
- le prestataire qui est informé doit supprimer ou désactiver l'accès au contenu ;
- le prestataire ne peut pas recevoir un avantage financier provenant directement de l'activité illicite, dans le cas où il a le droit et la possibilité de superviser cette activité.

Aimster était non seulement au courant des activités et contenus illicites mais il avait reçu des avantages financiers et n'avait pris aucune mesure pour empêcher les infractions.

Contrairement aux cas Napster et Aimster, l'affaire **Grokster** n'a pas soulevé d'étude sur l'applicabilité du DMCA. On peut se permettre de supposer que le résultat aurait été similaire au vu de la cohérence de l'analyse dans les procès Napster et Aimster, bien que Grokster soit différent d'un point de vue technique.

Quant à **The Pirate Bay**, la justice suédoise a examiné si les dispositions de la loi suédoise sur le commerce électronique et les services de la société de l'information³¹⁸ étaient applicables. Tout d'abord, il a fallu déterminer si The Pirate Bay est un fournisseur de services Internet. La Lag om elektronisk handel reprend les critères européens et définit le prestataire comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information³¹⁹ », ce service étant « presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un

ing," § 512 (d) (1) (A), or "is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent." § 512 (d) (1) (B). Defendant has failed to persuade this court that subsection 512 (d) shelters contributory infringers ».

³¹⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001).

³¹⁷ *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634 (2002).

³¹⁸ Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (2002:562), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002 (ci après Lag om elektronisk handel). Cette loi transpose en droit suédois les dispositions de la directive sur le commerce électronique. Les § 16 à 18 de la Lag om elektronisk handel correspondent aux art. 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique.

³¹⁹ Art. 2 lit. b Directive 2000/31/CE ; § 2 Lag om elektronisk handel.

destinataire de services³²⁰ ». De cette large définition, il est difficile de ne pas considérer The Pirate Bay comme un fournisseur de services Internet, même si le service était gratuit (mais financé par la publicité, ce qui constitue une forme de rémunération). Par conséquent, la Lag om elektronisk handel est applicable.

Le Tribunal suédois a ensuite examiné les différentes protections possibles. Considérant que The Pirate Bay fournit un espace sur des serveurs de façon à ce que les utilisateurs puissent y envoyer et y stocker des fichiers *torrent*, il a rejeté l'application des § 16 et 17 de la Lag om elektronisk handel (concernant la protection du fournisseur d'accès, respectivement celle quant au *caching*). Au vu de l'activité de stockage qu'il déploie, le Tribunal envisage d'appliquer le § 18 qui concerne les prestataires de services de stockage (hébergeurs). Mais comme le service ne faisait que fournir l'opportunité de rendre disponible des œuvres protégées, que les fichiers stockés n'étaient pas les œuvres en question mais seulement « liés » à ces œuvres et que les défendeurs n'avaient entrepris aucune action pour retirer les fichiers *torrent* qu'ils savaient liés à des œuvres protégées, le § 18 n'a pas été appliqué. Le § 19 a également été envisagé. Cette disposition s'applique aussi à un hébergeur et prévoit qu'il est responsable des infractions pénales causées par le contenu des informations de tiers si l'infraction a été commise intentionnellement. Comme le Tribunal a retenu que les défendeurs étaient au courant de la mise à disposition d'œuvres protégées via leur service, qu'ils avaient délibérément choisi d'ignorer cette réalité, et quand bien même ils ne pouvaient déterminer précisément quelles œuvres étaient concernées par l'acte d'accusation, ils sont restés indifférents au fait que des œuvres protégées circulaient via leur service. Considérant que l'infraction a été commise de manière intentionnelle, ils ne peuvent bénéficier de la protection du § 19.

Le bilan de ce qui précède montre que les concepteurs de logiciels de P2P ou de réseaux BitTorrent ont de la peine à s'abriter sous le toit du DMCA ou de la directive sur le commerce électronique. A moins de redoubler d'attention quant aux exigences techniques et légales (par exemple en instaurant des filtres dès la première version du logiciel ou en les instaurant au fur et à mesure que des demandes proviennent des ayants droit), et particulièrement depuis la jurisprudence *Grokster*, on peut sans autre constater qu'il est très difficile, sinon impossible, pour ces réseaux d'invoquer avec succès les *safe harbors*, du moins en l'état actuel de la technique. Pour survivre, ils devront notamment faire preuve de plus de diligence quant aux fichiers échangés et répondre de manière adéquate aux demandes de retrait ou de blocage des ayants droit.

6.3. LES PLATEFORMES D'HEBERGEMENT DE FICHIERS

6.3.1. Introduction

Avant l'arrivée des plateformes interactives et du Web 2.0, il était relativement aisé de faire la distinction entre un fournisseur de contenu et un hébergeur : alors que le premier endosse un rôle éditorial puisqu'il publie des informations, le second ne se contente normalement que de stocker les données de tiers. Désormais, le web est devenu participatif et encourage tout un chacun à publier puis partager des informations. L'intérêt financier n'est pas étranger à ce phénomène, puisqu'il est possible de fournir un service gratuit et d'être rémunéré par la publicité pour cette activité (même en tant que loisir). Ainsi, beaucoup de sites ont commencé par proposer un service d'hébergement gratuit afin d'attirer les masses puis, quand le marché est arrivé à maturité, ces services se sont transformés en vrais commerces générant de l'argent³²¹. Ces services sont parfois connus comme des endroits où on trouve quantité d'œuvres protégées, envoyées par des internautes qui partagent ensuite un lien de téléchargement avec d'autres internautes, souvent par le biais de forums. Des plateformes comme YouTube sont aussi concernées, mais de manière différente.

Ce phénomène pose essentiellement deux questions³²². Un site qui obtient des avantages financiers via l'hébergement de contenus contrefaisants ou illégaux devrait-il être (partiellement) responsable des

³²⁰ Art. 1 al. 2 Directive 98/34/CE ; § 2 Lag om elektronisk handel.

³²¹ OCDE, p. 81 ; EDWARDS, p. 55.

³²² OCDE, p. 81.

infractions réalisées par la mise à disposition et la distribution de ces contenus ? Et quel rôle devrait jouer la connaissance de l'infraction dans l'établissement de la responsabilité de l'intermédiaire ? En effet, des sites comme YouTube, Facebook et eBay qui rassemblent quantité d'utilisateurs³²³ basent leur *business model* sur les contenus de tiers, et certains de ces contenus sont contrefaisants ou illégaux ; dès lors, il est légitime de se demander si ces sites doivent être tenus pour responsables même quand ils n'ont pas été informés de la présence de ces contenus.

Dans cette section, nous évoquerons quelques cas notoires afin de cerner comment la justice de différents pays examine la situation.

6.3.2. Les plateformes d'hébergement de fichiers *stricto sensu*

Au début de l'année 2012, la fermeture de Megaupload, célèbre site d'hébergement de fichiers (en général, des œuvres protégées), a provoqué un séisme international sur le web. Bien que l'instruction du dossier soit encore en cours, il est intéressant de retracer l'histoire du service et les arguments invoqués pour le faire fermer.

Megaupload est une société créée en 2005, basée à Hong Kong. Cette société au site web éponyme fournissait au public un espace de stockage sur ses serveurs, dont certains étaient loués par des sociétés américaines. Toute personne pouvait ainsi y stocker des fichiers de n'importe quel type et plutôt volumineux ; ces fichiers pouvaient ensuite être partagés avec d'autres personnes afin qu'elles les téléchargent, pour autant qu'elles disposent du lien idoine. Megaupload pouvait servir de coffre-fort numérique (pour y sauvegarder des fichiers, par exemple). Toutefois, ce service était d'abord et avant tout une plateforme d'échange et de téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur. Bien évidemment, c'est cette activité qui a entraîné sa fermeture³²⁴.

Le 19 janvier 2012, le Département de la justice des Etats-Unis (DoJ) et le Bureau fédéral d'investigation (FBI) ont annoncé que « sept personnes et deux sociétés ont été accusées de mener une entreprise internationale de crime organisé qui serait responsable de nombreuses infractions au droit d'auteur, au moyen du site Megaupload.com notamment [...] »³²⁵.

Selon l'acte d'accusation³²⁶, les administrateurs du service ont publiquement déclaré que leur service était en conformité avec le DMCA et la *notice and takedown procedure*. Reprenons les conditions d'application de ce régime de protection et comparons-le avec les faits.

Megaupload est assurément un *Internet service provider* au sens du DMCA³²⁷. Au vu des activités déployées depuis sa création, nous pouvons raisonnablement admettre qu'il était également un fournisseur d'hébergement, dans le sens où il offrait un espace de stockage au public pour y déposer des fichiers. Megaupload pourra donc essayer de se prévaloir des dispositions relatives à l'hébergeur dans le DMCA. Toutefois, il n'en remplirait pas les conditions, selon l'acte d'accusation.

Tout d'abord, l'hébergeur ne doit pas avoir effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ; en l'absence de cette connaissance, l'hébergeur ne doit pas avoir connaissance

³²³ Actuellement, plus de quatre milliards de vidéos sont regardées par 800 millions d'internautes uniques chaque jour sur Youtube (source : http://www.youtube.com/t/press_statistics). En mars 2012, le réseau social Facebook comptabilisait 901 millions d'utilisateurs actifs (source : <http://newsroom.fb.com/content/default.aspx?NewsAreaId=22>). Pour sa part, eBay regroupait 100 millions d'utilisateurs à la fin du quatrième trimestre fiscal de 2011 (source : <http://www.ebayinc.com/who>).

³²⁴ CHARLET, François, « Explications sur la fermeture de Megaupload » in Centre informatique Net News, 6 avril 2012, <http://www3.unil.ch/wpmu/cinn/2012/04/explications-sur-la-fermeture-de-megaupload-par-la-justice-americaine>.

³²⁵ Department of Justice, « Justice Department Charges Leaders of Megaupload with Widespread Online Copyright Infringement », 19 janvier 2012, <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-074.html> : « Seven individuals and two corporations have been charged in the United States with running an international organized criminal enterprise allegedly responsible for massive worldwide online piracy of numerous types of copyrighted works, through Megaupload.com and other related sites [...] ».

³²⁶ Megaupload Indictment, p. 9 : <http://www.scribd.com/doc/78786408/Mega-Indictment>.

³²⁷ 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (B).

de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ; dès que l'hébergeur a connaissance de l'activité ou de l'information illicites, il doit rapidement prendre des mesures pour désactiver l'accès au contenu ou retirer ce dernier³²⁸. Les faits ne plaident pas en faveur de Megaupload. En effet, ses administrateurs étaient au courant des activités des utilisateurs, car ils auraient échangé des e-mails dans lesquels ils évoquaient clairement les œuvres sous droit d'auteur³²⁹ ; ils auraient par ailleurs été personnellement consulter la base de données de leur service pour accéder directement aux œuvres protégées³³⁰. On peut donc retenir que les administrateurs avaient connaissance de l'activité illicite et n'ont rien fait pour l'empêcher.

Ensuite, l'hébergeur ne doit pas avoir reçu un avantage financier provenant directement de l'activité illicite, dans un cas où il a le droit et la capacité de superviser l'activité³³¹. Là aussi, Megaupload est inéligible car la société avait mis en place un programme de rétribution (« Uploader Rewards ») envers les utilisateurs *premium* qui stockaient et partageaient des contenus populaires et donc téléchargés très souvent. Comme le service était financé par la publicité, plus les internautes téléchargeaient un fichier et plus les revenus publicitaires pouvaient potentiellement augmenter. On peut déduire que les administrateurs ont reçu un gain financier provenant directement de l'activité illicite, dans un cas où ils avaient le droit et la capacité de superviser cette activité.

Megaupload avait encore l'obligation de retirer les contenus contrefaisants, ou d'en désactiver l'accès³³². Megaupload avait mis en place un système permettant de dénoncer les abus (« Abuse Tool »). Selon l'acte d'accusation³³³, des millions de signalements ont été faits par ce biais sans que Megaupload ne réagisse ; tout au plus, les administrateurs effaçaient le lien incriminé, sans retirer le contenu lui-même ou en désactiver totalement l'accès. Ils n'ont donc pas rempli leur obligation.

Le DMCA imposait également à Megaupload de désigner un agent chargé de recevoir les demandes de retrait³³⁴, ce que la société aurait fait mais à partir d'octobre 2009 seulement³³⁵. Cela signifie que si toutes les autres conditions de la protection étaient remplies, celle-ci ne pourrait s'appliquer qu'à partir d'octobre 2009 ; Megaupload resterait attaquant pour les infractions antérieures.

Enfin, Megaupload devait adopter des conditions générales stipulant que les personnes violant de manière répétée le droit d'auteur pouvaient voir leurs comptes suspendus voire supprimés³³⁶. Megaupload n'aurait jamais pris de telles mesures et n'avait apparemment jamais mentionné cela dans ses conditions d'utilisation³³⁷.

Au vu de ce qui précède, Megaupload ne devrait pas pouvoir invoquer la protection du DMCA relative aux hébergeurs. En principe, ses administrateurs devront répondre au moins en tant que complices des infractions au droit d'auteur perpétrées sur Internet via les serveurs de la société.

En Allemagne, un procès s'est déroulé entre un hébergeur de fichiers, **Rapidshare** (une société suisse), et la GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, une société allemande de gestion et de perception des droits d'auteur). Rapidshare offre un service d'hébergement de fichiers similaire à Megaupload. Toutefois, elle se démarque de ce dernier en ne faisant pas du partage d'œuvres protégées son activité. Cela ne l'empêche pourtant pas d'être concernée par cette problématique.

³²⁸ *Id.* § 512 (c) (1) (A).

³²⁹ Megaupload Indictement, p. 31 ss.

³³⁰ *Id.* p. 7.

³³¹ 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (B).

³³² *Id.* § 512 (c) (1) (C).

³³³ Megaupload Indictement, p. 11.

³³⁴ 17 U.S.C. § 512 (c) (2).

³³⁵ Megaupload Indictement, p. 9.

³³⁶ 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (A).

³³⁷ Megaupload Indictement, p. 47.

En mars 2012, l'Oberlandesgericht d'Hambourg a déclaré³³⁸ que l'activité de Rapidshare n'était pas illégale même dans le cas où l'un de ses utilisateurs y stockerait une œuvre protégée³³⁹. Ainsi, héberger pour son propre usage, voire celui de ses proches, des œuvres protégées par le droit d'auteur serait admissible, alors que la mise à disposition de ces œuvres à un public tiers ne le serait pas. Rapidshare a donc été condamnée à contrôler les liens externes, c'est-à-dire les liens vers les fichiers hébergés que les utilisateurs publient sur Internet. Si ces liens mènent à une œuvre protégée, Rapidshare devra les bloquer, ainsi que l'œuvre. Le Tribunal allemand impose donc à Rapidshare d'adopter des mesures proactives, sans aller jusqu'à une surveillance générale de tout fichier envoyé sur la plateforme. Bien qu'elle salue le jugement, Rapidshare le portera devant la Cour Suprême d'Allemagne afin que celle-ci se prononce sur les obligations incombant à un prestataire d'hébergement en matière de lutte contre la contrefaçon³⁴⁰.

6.3.3. Les plateformes d'hébergement de vidéos

Cette section est dédiée aux plateformes de partage de vidéos. Les raisonnements dont il sera fait état devraient pouvoir s'appliquer *mutatis mutandis* aux plateformes de partage de photographies ou d'œuvres musicales.

Comme nous l'avons énoncé ci-dessus, la différence entre éditeur ou hébergeur est ténue, de nos jours, comme les cas MySpace et Dailymotion ci-dessous le montreront. Nous évoquerons deux litiges récents concernant YouTube.

En France, **MySpace**, un réseau social permettant notamment d'héberger et publier des vidéos, a fait l'objet d'une plainte pour violation des droits d'auteur d'un créateur de sketches humoristiques³⁴¹. Ses sketches avaient été hébergés et diffusés depuis la plateforme MySpace, sans son autorisation. La page MySpace sur laquelle se trouvaient ces vidéos a été réalisée sans son consentement.

En référé, le Tribunal a dit que MySpace avait la qualité d'éditeur de contenus, car « elle met manifestement à la disposition des hébergés [une structure de présentation par cadres] et diffus[e], à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit ». Cette conclusion a mené à rejeter à MySpace le bénéfice de la protection que lui aurait garanti la LCEN³⁴² en sa qualité d'hébergeur (qualité qu'a d'ailleurs reconnue le Tribunal). Cette décision qui brise littéralement le bouclier que procure la LCEN (sur la base de la directive sur le commerce électronique) aux hébergeurs et qui emmène ces derniers dans une impasse juridique, a été infirmée par la Cour d'appel pour des raisons de procédure³⁴³.

La décision sur le fonds³⁴⁴ de cette affaire n'arrive qu'en 2009 et voit MySpace condamnée. Se basant sur la LCEN, la justice attribue la qualité d'hébergeur à MySpace³⁴⁵. La LCEN disposant en outre que

³³⁸ *GEMA v. Rapidshare*, 5 U 87/09 (Rapidshare II), Oberlandesgericht Hamburg, 14 mars 2012.

³³⁹ Communiqué de presse de l'Oberlandesgericht d'Hambourg, 15 mars 2012, <http://justiz.hamburg.de/presseerklarungen/3334434/pressemeldung-2012-03-15-olg.html> : « Allein der Upload eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf den Dienst eines Sharehosters wie der Beklagten lasse daher keinen verlässlichen Rückschluss zu, dass es sich hierbei zwingend um eine rechtswidrige Nutzung handele ».

³⁴⁰ Voir par ex. <http://www.clubic.com/telecharger/logiciel-telechargement-p2p/rapidshare/actualite-484302-rapidshare-allemande-cour-supreme.html>.

³⁴¹ *Jean-Yves L. dit Lafesse c. MySpace*, TGI de Paris, Ordonnance de référé, 22 juin 2007.

³⁴² Art. 6-I-2 LCEN.

³⁴³ *MySpace c. Jean-Yves L. dit Lafesse*, Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2008.

³⁴⁴ *Jean-Yves L. dit Lafesse c. MySpace*, TGI de Paris, 25 mars 2009.

³⁴⁵ *Id.*, p. 11 : « [...] la société MYSPACE doit être considérée comme un hébergeur au sens de la loi sur la confiance pour l'économie numérique et doit se voir appliquer le régime de responsabilité qui est réservé à cette catégorie à savoir qu'elle ne peut être rendue responsable de plein droit des contenus diffusés sur son site par les internautes qui en sont seuls comptables ». L'arrêt précise aussi (p. 10) qu'un éditeur professionnel ou non professionnel est une « personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge ».

la responsabilité de l'hébergeur ne peut être retenue du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'il n'a pas une connaissance effective du caractère manifestement illicite des informations stockées ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où il a eu cette connaissance, il n'a pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible³⁴⁶, MySpace a été considérée comme responsable d'une violation du droit d'auteur car elle aurait mis deux mois à retirer les contenus litigieux (ce qui ne répond pas à la définition de « promptement » selon le Tribunal).

Une décision similaire a été rendue en 2007 dans un litige³⁴⁷ impliquant **Dailymotion**, en France également. Les demandeurs reprochaient à Dailymotion (une plateforme d'hébergement, de visualisation et de partage de vidéos) de ne pas avoir supprimé des vidéos d'un film leur appartenant alors que Dailymotion leur avait assuré qu'elle le ferait. Dailymotion a soutenu que son rôle était celui d'un prestataire technique au sens de la LCEN et qu'elle ne pouvait être responsable de contrefaçons réalisées par ses utilisateurs tant qu'elles respectent ses obligations³⁴⁸.

Les demandeurs estiment que Dailymotion abuse de ses droits, car pour se financer, elle est forcée de vendre des espaces publicitaires et ceux-ci sont plus rentables quand le contenu est de qualité ; ainsi, l'audience et les revenus de Dailymotion augmentent quand des œuvres protégées sont diffusées. Les demandeurs concluent que Dailymotion exerce une activité d'éditeur et doit être considérée comme tel. Le Tribunal ne rejoint pas les demandeurs sur ce point et estime que la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier Dailymotion d'éditeur de contenu puisque le contenu de Dailymotion (i.e. les vidéos) est fourni par les utilisateurs.

Le Tribunal a admis la qualité d'hébergeur de Dailymotion, en rappelant que la LCEN ne fournit pas une exonération mais seulement une limitation de responsabilité aux prestataires techniques dans les cas où ils n'« ont pas effectivement connaissance du caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère³⁴⁹ ». Il a ensuite estimé que Dailymotion n'avait pas pris les mesures qu'on pouvait attendre d'elle pour retirer les œuvres protégées, ce d'autant qu'il lui incombait d'exercer un contrôle *a priori*. Le Tribunal reconnaît que la loi n'oblige pas les prestataires à rechercher activement si des infractions sont commises, mais comme Dailymotion avait connaissance au moins « de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illicites [étaient] mises en ligne³⁵⁰ », elle doit assumer sa responsabilité sans pouvoir rejeter la faute sur ses utilisateurs puisqu'elle leur a fourni le moyen de commettre une infraction au droit d'auteur.

Cette décision a été validée en appel³⁵¹ et en cassation³⁵². Elle confirme l'application du régime de protection des hébergeurs aux plateformes de visualisation et de partage de vidéos. Toutefois, elle impose à ces plateformes de prendre des mesures de contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant que la vidéo envoyée par un utilisateur ne soit publiée. Cela implique de mettre en place une (lourde) technologie de reconnaissance des œuvres protégées, ce qu'a fait YouTube, avec son système Content ID³⁵³.

YouTube, qu'on ne présente plus, est une plateforme d'hébergement au moyen de laquelle le public peut envoyer, visualiser et partager des vidéos. Créée en 2005, cette société a été rachetée par Google une année plus tard.

³⁴⁶ Art. 6-I-2 LCEN.

³⁴⁷ *Christian C., Nord-Ouest Production c. S.A. DailyMotion, S.A. UGC Images*, TGI de Paris, 13 juillet 2007.

³⁴⁸ Celles-ci sont, selon l'arrêt ci-dessus (p. 4) : « [la] mise en œuvre de dispositifs d'information et d'alerte quant à tout contenu illicite incluant les contenus contrefaisants, [le] retrait immédiat du contenu litigieux dès qu'il lui a été signalé et [la] conservation [d]es données disponibles permettant d'identifier l'utilisateur concerné [...] ».

³⁴⁹ Art. 6-I-2 LCEN.

³⁵⁰ *Id.* note n° 347, p. 6.

³⁵¹ *S.A. Dailymotion c. M. C., Société Nord-Ouest Production et S.A. UGC Images*, Cour d'appel de Paris, 6 mai 2009.

³⁵² *M. X., Sté Nord-Ouest et Sté UGC Image c. Sté Dailymotion*, Cour de Cassation, 17 février 2011.

³⁵³ Voir <http://www.youtube.com/t/contentid> pour plus d'informations.

En mars 2007, Viacom a ouvert action³⁵⁴ contre YouTube et Google, estimant que ces dernières étaient responsables des infractions au droit d'auteur commises par les utilisateurs de la plateforme. Bien que YouTube se soit conformée aux demandes de retrait de contenus formulées par Viacom, cette dernière a estimé que YouTube avait délibérément choisi de ne pas prendre des mesures raisonnables pour décourager la commission de ces infractions. Viacom accuse aussi YouTube de gagner de l'argent via la publicité se trouvant sur les pages où sont consultées les vidéos litigieuses, ainsi que de ne pas avoir pris des mesures proactives pour contrôler la légalité des vidéos envoyées par les utilisateurs. Selon Viacom, YouTube ne doit pas attendre que les demandes de retrait de contenus lui parviennent ; il lui reviendrait donc d'exercer le rôle de superviseur lors de la mise en ligne d'une vidéo, à charge aux ayants droit de traquer les vidéos qui auraient filtré.

Cette plainte constitue un test important des dispositions du DMCA, comme cela ressort de la décision de la Cour d'appel. *Prima facie*, on ne voit pourtant pas pourquoi YouTube ne serait pas éligible à l'un des *safe harbors* prévu par le droit américain. En effet, selon le Tribunal de première instance³⁵⁵, YouTube est un fournisseur de services sur Internet³⁵⁶, offre un service d'hébergement de données³⁵⁷ et supprime ou rend inaccessibles les contenus illicites quand elle acquiert la connaissance de l'infraction³⁵⁸ (notamment au moyen de la *notice and takedown procedure*).

Il reste toutefois à déterminer si YouTube avait effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si elle avait connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente³⁵⁹, et si YouTube a reçu un avantage financier provenant directement de l'activité illicite, dans un cas où elle avait le droit et la capacité de superviser l'activité³⁶⁰.

En ce qui concerne la connaissance de l'infraction, le Tribunal a déclaré qu'« il revient au fournisseur du service de retirer le contenu litigieux quand il est informé (au moyen d'un avertissement de l'ayant droit ou d'un « drapeau rouge ») de cas spécifiques d'infraction. Si le fournisseur n'en est pas informé, il revient à l'ayant droit d'identifier l'infraction. Une connaissance générale que des infractions sont commises n'impose pas un devoir au fournisseur de rechercher activement des infractions sur son service³⁶¹ ». Le Tribunal interprète la notion de « connaissance de l'activité ou de l'information illicite » et celle de « connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente » de manière restrictive : elles doivent se rapporter à une « infraction spécifique et identifiable relative à des fichiers particuliers et individuels³⁶² ». Ni une connaissance générale ou une présomption que des infractions sont commises ne sont suffisantes.

Quant à l'avantage financier perçu par YouTube, c'est un point noir qui aurait pu lui coûter sa protection puisqu'elle gagnait aussi de l'argent grâce à la publicité présente sur les pages où se trouvaient les vidéos litigieuses. En principe, il existe un lien de causalité entre la visualisation d'une vidéo et les revenus engrangés par YouTube. Il semble alors logique d'affirmer que YouTube a reçu un avantage financier provenant directement de l'activité illicite. Reconnaisant qu'il existe probablement un tel lien, le Tribunal a cependant rappelé que « dans n'importe quelle situation, le fournisseur de service

³⁵⁴ La plainte originale peut être consultée en ligne sur <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2007cv02103/302164/1>.

³⁵⁵ *Viacom International Inc. v. Youtube Inc.*, 2010 WL 2532404 (2010).

³⁵⁶ 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (B).

³⁵⁷ *Id.* § 512 (c).

³⁵⁸ *Id.* § 512 (c) (1) (A) (iii).

³⁵⁹ 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A) (ii-iii).

³⁶⁰ *Id.* § 512 (c) (1) (B).

³⁶¹ *Viacom International Inc. v. Youtube Inc.* : « if a service provider knows (from notice from the owner, or a "red flag") of specific instances of infringement, the provider must promptly remove the infringing material. If not, the burden is on the owner to identify the infringement. General knowledge that infringement is "ubiquitous" does not impose a duty on the service provider to monitor or search its service for infringements ».

³⁶² *Id.* : « the phrases "actual knowledge that the material or an activity" is infringing, and "facts or circumstances" indicating infringing activity, describe knowledge of specific and identifiable infringements of particular individual items ».

doit être au courant d'un cas particulier avant de pouvoir le contrôler³⁶³ ». Partant, YouTube ne peut perdre sa protection parce qu'elle a réalisé un gain financier provenant de la publicité affichée sur les pages où se trouvaient les vidéos litigieuses, puisqu'elle n'avait pas une connaissance détaillée des infractions.

Le Tribunal de première instance a donc jugé que YouTube était au bénéfice de la protection du DMCA, ce qu'a partiellement confirmé³⁶⁴ la Cour d'appel en avril 2012. En effet, cette dernière estime que le Tribunal de première instance doit déterminer si YouTube avait conscience ou connaissance des infractions au droit d'auteur commises sur son site. Elle demande aussi au Tribunal d'analyser si la doctrine *willful blindness*³⁶⁵ est applicable, bien qu'elle confirme que YouTube n'a pas l'obligation de contrôler l'activité de ses utilisateurs. La Cour d'appel a donc renvoyé l'affaire en première instance, avec pour mission d'élucider certains faits et de revoir l'interprétation de certaines dispositions du DMCA³⁶⁶.

En Allemagne, l'Oberlandesgericht d'Hambourg a tranché un litige opposant la GEMA à YouTube³⁶⁷, la première voulant qu'il soit interdit à la seconde de rendre disponibles douze œuvres musicales sur sa plateforme. Le Tribunal a estimé que YouTube n'était pas responsable selon le principe de *Täterhaftung* (responsabilité de l'auteur de l'infraction) mais que sa responsabilité pouvait être engagée selon le principe de *Störerhaftung* (responsabilité du perturbateur³⁶⁸). Le Tribunal a reconnu que YouTube avait contribué aux actes de contrefaçon avec sa plateforme, alors que YouTube affirmait ne pas être responsable puisqu'elle ne faisait que fournir une plateforme pour ses utilisateurs et qu'elle n'avait ni réalisés ni envoyé les vidéos en question sur ses serveurs. YouTube, en tant que « perturbatrice », avait l'obligation de mettre un terme aux infractions, ce qu'elle a fait pour sept vidéos (sur les douze) mais plus de six mois après que la GEMA le lui a demandé. Le Tribunal a également jugé qu'il fallait analyser la proportionnalité quant à l'obligation de YouTube de contrôler l'activité contrefaisante ; il ne faut pas que cette obligation porte une trop grande atteinte à l'activité commerciale et légale de YouTube. Ainsi, il a estimé qu'il était raisonnable de demander à YouTube d'empêcher de futures infractions au moyen d'un filtre à adapter en fonction des demandes de retrait formulées par les ayants droit. Toutefois, YouTube n'a pas l'obligation de contrôler toutes les vidéos précédemment envoyées. Seules les futures vidéos sont concernées³⁶⁹. Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un appel.

6.3.4. Les plateformes d'hébergement de vidéos et les accords de licence

Aujourd'hui, il semble acquis que les plateformes de partage de vidéos bénéficient du statut d'hébergeur et voient leur responsabilité limitée si elles se conforment aux obligations légales. Toutefois, il faut différencier deux situations : si le contenu litigieux a été publié par des tiers, la plateforme n'engage en principe pas sa responsabilité, car elle sera considérée comme hébergeur ; si le contenu

³⁶³ *Id.*, pp. 25-26 : « [...] in any event the provider must know of the particular case before he can control it ».

³⁶⁴ Décision 10-3270 10-3342 de la Cour d'appel du 2^e Circuit, 5 avril 2012.

³⁶⁵ Cf. *supra* note n° 280.

³⁶⁶ Pour un commentaire de la décision de la Cour d'appel, et des implications possibles d'un nouveau jugement, voir <http://ipkitten.blogspot.com/2012/04/happy-easter-from-amerikat-i-appeals.html> ainsi que <https://www.eff.org/deeplinks/2012/04/viacom-v-google-decision>.

³⁶⁷ *GEMA v. Youtube*, 310 O 461/10 (2012) ; Communiqué de presse de l'Oberlandesgericht d'Hambourg, 20 avril 2012, <http://justiz.hamburg.de/presseerklarungen/3384912/pressemeldung-2012-04-20-olg-01.html>.

³⁶⁸ Le Tribunal explique que cette responsabilité nécessite que Youtube ait effectivement connaissance des infractions et qu'elle ait le devoir de prévenir ces infractions à l'avenir.

³⁶⁹ Communiqué de presse de l'Oberlandesgericht d'Hambourg, 20 avril 2012 : « Erst nach einem Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung trifft den Portalbetreiber die Pflicht, das betroffene Video unverzüglich zu sperren und im zumutbaren Rahmen geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um erneuten Rechtsverletzungen vorzubeugen. Eine Verpflichtung zur Kontrolle sämtlicher auf die Plattform bereits hochgeladenen Video-clips besteht dagegen nicht ».

litigieux est mis en ligne par le prestataire lui-même, il sera considéré comme un éditeur et donc comme directement responsable de l'infraction³⁷⁰.

Cette différence est importante en pratique car de nombreuses plateformes de partage de vidéos concluent des accords de licence avec des ayants droit³⁷¹. Ces accords visent en principe deux choses : l'autorisation par les ayants droit de la diffusion sur la plateforme d'œuvres de leur catalogue, et un partage entre les ayants droit et la plateforme des revenus générés (en principe par la publicité). Grâce à ces accords, la plateforme devient alors éditrice (ou coéditrice) du contenu mis en ligne, puisque ce dernier ne provient pas des utilisateurs de la plateforme. On pourrait dès lors envisager que la plateforme soit directement responsable d'une violation du droit d'auteur d'un ayant droit si elle publie elle-même une œuvre qui n'est pas soumise à un accord de licence.

6.3.5. Vers une évolution des obligations des hébergeurs

Ces différentes jurisprudences montrent que les tribunaux sont de plus en plus sensibles à la protection des droits d'auteurs des ayants droit. Cela ne les empêche pas de maintenir le statut des hébergeurs, mais dans leur effort de conciliation de ces deux réalités, les tribunaux s'accordent de plus en plus pour dire que les hébergeurs ne peuvent plus se cantonner à un rôle strictement passif, dans le sens où ils ne feraient qu'attendre les demandes de retrait des ayants droit. On reconnaît qu'au vu de l'importance du phénomène de la contrefaçon des œuvres sur Internet et de leur diffusion à grande échelle en à peine quelques clics, les hébergeurs se doivent de mettre en place des systèmes leur permettant d'être plus actifs afin de sauvegarder les droits des auteurs. Une surveillance générale n'est pas (encore) à l'ordre du jour, mais un contrôle *a priori* des vidéos est d'ores et déjà appliqué sur certaines plateformes. Quant aux hébergeurs de fichiers, l'étendue de leurs obligations est encore floue, mais on tend également vers une solution plus préventive que réactive. Dans tous les cas, il semble que nous nous dirigeons vers un renforcement du devoir de diligence des plateformes d'hébergements de fichiers, quelles qu'elles soient.

Une décision récente³⁷² montre la direction que semblent prendre les tribunaux, en général. Alors qu'on confirme que les hébergeurs doivent agir promptement pour retirer les contenus portant atteinte aux droits d'auteur, ceux-ci doivent mettre en place des mesures pour empêcher la réapparition de ces contenus sur leur plateforme. Ainsi, dans cette affaire, Dailymotion a été condamnée car elle avait non seulement mis trop de temps pour retirer les contenus illicites mais avait aussi, « après que ces contenus ont été retirés, [négligé] d'effectuer les diligences de nature à leur interdire un nouvel accès au site ». S'il ne nous appartient de disserter sur la faisabilité technique d'une telle obligation, il semble pourtant justifié d'astreindre ces plateformes à la prise de dispositions afin d'empêcher que la même infraction impliquant le même contenu et les mêmes ayants droit ne se reproduise. Cet exemple montre clairement le devoir de diligence qui est de plus en plus attendu de la part des hébergeurs de contenus multimédias, et qui pourrait bientôt atteindre les hébergeurs de fichiers *stricto sensu*.

6.4. LES PLATEFORMES DE COMPILATION D'ACTUALITES

Il existe des plateformes dont le but est de réaliser des compilations d'actualités à partir des actualités publiées sur les sites web des médias du monde entier. Nous mentionnerons ici Google News (ou Google Actualités) qui a notamment fait l'objet d'un procès en Belgique.

Selon son propre site³⁷³, **Google News** – en version française – « est un site d'actualités généré par ordinateur qui recueille les grands titres provenant de plus de 500 sources d'actualités en langue française dans le monde entier, regroupe les articles par thème et les affiche en fonction des intérêts de

³⁷⁰ Voir par ex. art. 14 al. 2 Directive 2000/31/CE.

³⁷¹ Voir par exemple <http://www.clubic.com/television-tv/video-streaming/youtube/actualite-441208-musique-youtube-accord-editeurs-independants.html> et <http://www.pcinpact.com/news/70277-google-mgm-600-films-youtube-play.htm>.

³⁷² *Dailymotion c. 120 Films et La Chauve Souris*, Cour d'appel de Paris, 9 mai 2012.

³⁷³ http://news.google.ch/intl/fr_ch/about_google_news.html.

chaque utilisateur ». Les articles sont référencés et classés par rubriques, puis par sujet. L'utilisateur peut donc facilement et rapidement trouver plusieurs sources d'informations traitant du même sujet.

En 2005, l'Agence France-Presse (AFP) avait porté plainte contre Google aux Etats-Unis concernant son portail Google News qui utilisait sans autorisation les textes et photographies publiés par l'AFP³⁷⁴. Une année auparavant, des membres du Geste (Groupement des Editeurs de Services en Ligne) et le quotidien Le Monde avaient demandé des explications à Google concernant cette pratique, et avaient fini par demander à Google de ne plus rendre disponibles leurs actualités via son portail³⁷⁵. Dans l'attente du procès contre l'AFP, Google avait procédé à un retrait anticipé des informations publiées par l'AFP et qui avaient été reprises sur Google News. L'affaire n'a finalement pas été jusqu'au procès, les deux parties ayant trouvé un terrain d'entente : Google sera autorisé à reprendre sur Google News les actualités de l'AFP, moyennant que celle-ci soit rémunérée.

En août 2006, Copiepresse³⁷⁶ s'attaque aussi à Google News. Elle l'a accusé de reproduction non autorisée de ses publications et lui a demandé de cesser cette activité. Google n'ayant pas réagi à cette demande, Copiepresse a saisi le Tribunal de première instance de Bruxelles. En 2006, celui-ci a rendu une décision par défaut³⁷⁷ qui ordonne à Google de retirer de tous ses sites (y compris les caches) tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs représentés par Copiepresse. Google a fait opposition à cette ordonnance, ce qui a amené le Tribunal de première instance de Bruxelles à statuer en opposition³⁷⁸, en 2007 ; ce dernier a confirmé l'ordonnance de 2006.

Le litige portait sur deux éléments : d'abord la mémoire cache de la page d'accueil belge de Google qui permettait aux utilisateurs de consulter gratuitement des archives d'articles dont le contenu était alors payant sur le site des éditeurs³⁷⁹ ; puis la reproduction des titres, accroches et photographies (miniaturisées) sur Google News³⁸⁰.

En ce qui concerne les caches, le Tribunal a retenu que Google reproduisait les pages web (sur lesquelles se trouvaient les articles de presse) sur son propre site afin de mettre à disposition du public la version mise cache de la page. Cela signifie que quand l'utilisateur clique sur le lien « en cache » à côté d'un résultat de recherche, il consulte la page sur le site de Google, telle que reproduite³⁸¹. Légalement, il y a donc bien une reproduction. Le Tribunal admet qu'il y a aussi une communication au public, ce qui est soutenable puisque Google transmet la copie reproduite de la page (et non la page originale) lorsque l'utilisateur clique sur le lien « en cache ».

Curieusement, le Tribunal omet de se déterminer quant à l'application de la directive sur le commerce électronique. Celle-ci contient un article 13 qui dispose que le prestataire n'est pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service. Cette disposition pose cinq conditions supplémentaires que le prestataire doit remplir s'il veut pouvoir bénéficier du régime de protection³⁸². La question est de savoir si Google aurait pu bénéficier de cette disposition.

Bien que l'utilisation qui est faite des caches ait évolué depuis plusieurs années³⁸³, le but des caches, tel qu'avoué par Google, est de pouvoir consulter l'information même si le site ou la page originaux

³⁷⁴ Voir par ex. http://www.pcinpact.com/news/LAFP_porte_plainte_contre_Google_News.htm.

³⁷⁵ Voir par ex. <http://actu2.abondance.com/2004-03/google-geste.html>.

³⁷⁶ Société de gestion de droits des éditeurs de presse quotidienne francophone et germanophone belge.

³⁷⁷ *Copiepresse c. Google*, 2006/9099/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 5 septembre 2006.

³⁷⁸ *Google c. Copiepresse*, 06/10.928/C, Tribunal de première instance de Bruxelles, 13 février 2007.

³⁷⁹ *Id.*, pp. 18 ss.

³⁸⁰ *Id.*, pp. 22 ss.

³⁸¹ *Id.*, p. 21.

³⁸² Cf. *supra* 4.4.2.2.

³⁸³ Voir *Field v. Google, Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106 (2006) ; dans cet arrêt, le Tribunal de district a jugé que Google devait être mis au bénéfice d'une licence implicite. En effet, si le propriétaire d'un site ne veut pas que Google affiche l'option « en cache » à côté du résultat de la recherche affichant son site, il doit ajouter le meta-tag *no-archive* dans le code source des pages de son site. Le fait de ne pas l'implémenter alors

ne sont plus disponibles, par exemple pour des raisons techniques. Le cache d'une page est en principe mis à jour à chaque fois qu'un changement est opéré sur cette page, pour autant qu'un robot de Google indexe à nouveau cette page, ce qui se produit sans doute souvent³⁸⁴. Il est donc douteux que la fonction des caches de Google réponde à la définition de l'article 13 de la directive car ceux-ci n'ont pas pour but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information (tout au plus cela permettrait-il une meilleure indexation des sites, ce qui ne favorise pas la transmission en elle-même) ; leur but semble plutôt de fournir l'information coûte que coûte, ce qui est idéalement louable tant que cela ne se fait pas au détriment des droits d'autrui, ici les droits d'auteur. Si la directive ne semble pas exclure expressément son application aux moteurs de recherche, l'article 21, alinéa 2 montre cependant que, dans un premier temps en tout cas, le législateur européen n'avait pas souhaité inclure les moteurs de recherche. Il ressort toutefois du rapport de 2003 sur l'application de la directive 2000/31/CE³⁸⁵ que « la Commission a encouragé les États membres à renforcer la sécurité juridique pour les prestataires intermédiaires de services Internet » alors même que « la couverture des hyperliens et des moteurs de recherche par la directive n'a pas été considérée comme nécessaire ».

Quant à la reproduction des titres, accroches et photographies sur Google News, les défenseurs soulignaient que Google News était un portail d'information, alors que la société américaine s'en défendait en expliquant que Google News est un moteur de recherche spécialisé dans l'actualité reposant, comme tout moteur de recherche, sur l'indexation automatique des contenus. Google rejette l'accusation selon laquelle elle reproduirait ou mettrait à disposition les contenus puisque l'internaute est systématiquement renvoyé au site où se trouve l'article, dans le cas où il désirerait consulter ce dernier.

Le Tribunal ne retient pas cette argumentation et considère que Google News reproduit et met à disposition le titre des articles ainsi qu'un court extrait, ces deux éléments étant hébergés chez Google. Il reconnaît toutefois que tous les titres d'articles ne répondent pas à l'exigence d'originalité pour être protégés, en particulier ceux issus du langage courant ou qui seraient purement descriptifs. Il estime pourtant à juste titre qu'un court fragment de texte peut révéler l'empreinte de l'auteur et, partant, semble accorder la protection du droit d'auteur à tous les titres d'articles. A notre avis, cette conclusion est très discutable : il aurait sans doute été préférable que le Tribunal établisse clairement quels titres d'articles répondent à l'exigence d'originalité et peuvent être protégés.

Google invoque encore les exceptions légales de citation et de compte rendu d'actualités. Le Tribunal rejette l'exception de citation, car Google News est composé exclusivement d'extraits d'articles référencés automatiquement, sans qu'aucune analyse, critique ou comparaison des articles ne soit réalisée ; les conditions de l'article 21 alinéa 1 de la loi belge sur le droit d'auteur ne sont pas réalisées³⁸⁶. Quant à l'exception de compte rendu d'actualité consacrée par l'article 22 de la loi précitée³⁸⁷, le Tribunal la rejette également, car bien que Google News poursuive un but d'information, cette plateforme ne réalise pas un compte rendu de l'actualité car elle ne fait que reproduire des extraits sans les commenter.

qu'on est au courant de l'existence de ce standard et de la pratique de Google en matière de caches conduit à fournir une licence implicite à Google pour mettre en cache les pages d'un site, même si elles contiennent des œuvres sous droit d'auteur.

³⁸⁴ <http://support.google.com/webmasters/bin/answer.py?hl=en&answer=34439>.

³⁸⁵ Cf. *supra* note n° 158 ; COM (2003) 702 final, p. 14.

³⁸⁶ Cette disposition retient que « [l]es citations, tirées d'une œuvre licitement publiée, effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi, ne portent pas atteinte au droit d'auteur ».

³⁸⁷ Le § 1 de l'article 22 stipule notamment que « [l]orsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire la reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de court fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité ». Son § 2 nous dit que « [l]a reproduction et la communication au public de l'œuvre à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité conformément au § 1 [...] doivent être justifiées par le but d'information poursuivi, et la source, y compris le nom de l'auteur, doit être mentionnée, à moins que cela ne s'avère impossible ».

Le Tribunal a également brièvement traité des droits moraux des auteurs, en particulier de l'intégrité de l'œuvre. Google omettrait en effet de mentionner le nom des auteurs des œuvres qu'il reproduit, ce qui l'amène à conclure qu'il y a atteinte au droit de paternité de l'œuvre. De plus, comme seul un extrait de l'œuvre est reproduit, le Tribunal retient qu'il y a modification de l'œuvre.

Le Tribunal a donc condamné Google pour violation des droits d'auteurs des éditeurs de presse via sa plateforme Google News. Cette décision a été entièrement confirmée³⁸⁸ par la Cour d'appel de Bruxelles en ce qui concerne les développements ci-dessus.

6.5. LES PLATEFORMES DE RECHERCHE DU CONTENU DE LIVRES

Dans cette catégorie, Google se retrouve encore une fois au centre du débat juridique, bien que de nombreuses autres plateformes fussent déjà présentes avant son service Google Books (par exemple, Gallica, Internet Archive, Europeana, etc.). Nous résumerons ici la problématique qui a opposé Google aux éditeurs de livres. Elle n'a pas abouti à un jugement mais à un accord entre les différents acteurs.

Google Books est décrit par Google comme une plateforme permettant de rechercher des livres en fonction de leur contenu. En d'autres termes, c'est un moteur de recherche à livres. Cette plateforme implique que Google doit préalablement numériser les livres, procéder à une reconnaissance des caractères et indexer leur contenu pour qu'il puisse être recherché par les internautes. Dans le cas où le livre est tombé dans le domaine public, ou si l'éditeur – ou l'auteur – a donné son autorisation, un aperçu du livre peut être affiché (avec les résultats de la recherche). Le texte intégral peut même être affiché si l'éditeur – ou l'auteur – y a consenti. À l'origine, Google avait conclu des accords avec de grandes bibliothèques américaines pour numériser leurs livres, en indexer le contenu, afficher quelques extraits dans les résultats des recherches, et fournir la version digitale des livres aux bibliothèques. Google a ensuite créé un programme de partenariat où les auteurs et éditeurs pouvaient soumettre leurs livres à Google.

En 2005, des auteurs et des représentants de l'industrie américaine du livre ont déposé deux plaintes³⁸⁹ contre Google (en rapport avec le projet de collaboration avec les bibliothèques) pour infraction à leurs droits d'auteur. Ils reprochaient à Google une infraction « massive » de leurs droits, considérant que Google reproduisait des livres sur ses serveurs. Si les deux plaintes diffèrent sur plusieurs points, elles visent toutes deux à faire cesser l'activité de Google et à faire constater la violation de leurs droits. Les plaignants affirment que cette activité initiée par Google ne vise qu'à faire augmenter le nombre de visiteurs sur son site web de façon à faire croître ses gains issus de la publicité. En réponse à ces plaintes, Google a pris la décision de réduire la taille de l'extrait qui était affiché à l'utilisateur, et de permettre aux ayants droit de sortir (*opt out*) du programme, ce qui leur permettait de demander que Google retire leurs œuvres du service. Les ayants droit ont rétorqué que cette démarche ne rendait pas Google moins responsable, car personne ne peut faire part de son intention de violer des droits d'auteur et, dans le même temps, offrir à tout un chacun la possibilité de s'opposer à cette violation. La défense de Google s'est principalement axée sur l'exception du *fair use*³⁹⁰ dans le cas où la justice lui reprocherait effectivement une infraction. À l'appui de sa défense, Google cite une décision³⁹¹ dans laquelle la reproduction d'images dans le but de créer des *thumbnails*³⁹² qui seraient affichés par un moteur de recherche a été considérée comme un *fair use*. À notre avis, cette jurisprudence aurait probablement servi les intérêts de Google, car la reproduction et l'affichage d'une œuvre littéraire sous la

³⁸⁸ *Google, Inc. c. Copiepresse et consorts*, R.G. 2007/AR/1730, R.N. 2011/2999-817, Cour d'appel de Bruxelles, 5 mai 2011.

³⁸⁹ *Authors Guild v. Google Inc.*, United States District Court for the Southern District of New York, Docket n° 2005 CV 8136 (20 septembre 2005) ; *McGraw-Hill Cos, Inc. v. Google Inc.*, United States District Court for the Southern District of New York, Docket n° 2005 CV 08881 (19 octobre 2005). Les plaintes peuvent être consultées sur le site <http://dockets.justia.com>.

³⁹⁰ Cf. *supra* note n° 107.

³⁹¹ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (2003).

³⁹² Un *thumbnail* est une image miniature ; [http://fr.wikipedia.org/wiki/Miniature_\(informatique\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Miniature_(informatique)).

forme d'un extrait sont beaucoup plus restreints que la reproduction et l'affichage d'une image sous forme de *thumbnail*.

L'affaire n'a pas abouti à un jugement mais à un accord, ce qui implique que la justice n'a pas eu à se prononcer sur l'application du *fair use* dans le cas d'une numérisation de livres sans l'accord préalable des ayants droit. Nous allons néanmoins en explorer brièvement les conditions afin de donner quelques pistes de réflexion sans toutefois prédire que notre appréciation aurait été celle du tribunal.

Le *fair use* nécessite qu'au moins quatre critères soient analysés pour être applicable³⁹³ :

1. But et type d'utilisation : bien que l'activité de Google apporte un atout indéniable à la recherche documentaire, il ne faut pas perdre de vue qu'elle constitue une source de revenus supplémentaire pour Google. L'indexation est une fonction essentielle pour un moteur de recherche, voire même pour Internet ; comme la numérisation des œuvres est nécessaire pour qu'elles soient indexées, on pourrait considérer que l'activité de Google ne constitue pas une infraction.
2. Nature de l'œuvre : les œuvres concernées sont des ouvrages faisant partie des collections de grandes bibliothèques américaines. Il apparaît certain que ces ouvrages répondent aux conditions légales pour être qualifiées d'œuvres et bénéficier de la protection du droit d'auteur.
3. Proportion de l'œuvre utilisée : même si Google n'affiche qu'un extrait de l'œuvre sur son site quand un utilisateur fait une recherche, il n'en demeure pas moins que la société a procédé à la numérisation complète de l'œuvre. Il est probable que ce facteur de l'analyse du *fair use* soit crucial pour le tribunal et puisse poser problème à Google.
4. Effet sur le marché : la possibilité pour le public de déterminer s'il souhaite acquérir un ouvrage sur la base d'un extrait est sans doute un argument favorable à Google. Celle-ci affirme que son activité aurait eu un effet bénéfique sur le marché du livre, en particulier grâce au dépeussierage d'ouvrages inconnus ou oubliés, ce qui est discutable car les ayants droit perdraient des revenus qu'ils auraient obtenus au moyen d'accord de licence.

Le tribunal aurait ensuite eu à pondérer ces différents éléments et, le cas échéant, à considérer si d'autres facteurs peuvent être pris en considération. A ce stade, il n'est pas évident que Google aurait pu bénéficier du *fair use*, mais cette possibilité n'est pas totalement exclue.

Un accord a été conclu en 2009 entre Google et les plaignants³⁹⁴ afin de régler leur différend ; il a toutefois été rejeté en justice³⁹⁵ en mars 2011. Cet accord sort du cadre du présent travail car il concerne la problématique de la gestion et de l'exploitation des droits d'auteur. Bien qu'elle soit certainement liée à la question de la responsabilité des plateformes comme Google Books, nous ne la traiterons pas ici³⁹⁶.

Les développements ci-dessus posent la question de l'applicabilité de la *notice and takedown procedure* à Google dans cette affaire. Il faut rappeler que cette procédure est applicable aux intermédiaires adoptant un rôle passif. Dans notre cas, Google a créé une plateforme qu'elle alimente elle-même en contenu. Partant, Google endosse un rôle d'éditeur de contenu, ce qui la rend directement responsable des éventuelles violations du droit d'auteur. C'est pour cette raison que la ligne de défense de Google se fondait sur le *fair use* et non le DMCA (ou la directive sur le commerce électronique, si l'affaire avait eu lieu sur sol européen). Des plateformes similaires ne devraient donc pas pouvoir invoquer ces dispositions afin de limiter leur responsabilité.

³⁹³ 17 U.S.C. § 107.

³⁹⁴ L'accord est disponible sur <http://www.googlebooksettlement.com>.

³⁹⁵ *Authors Guild et. al. v. Google, Inc.*, décision n° 05-8136 (22 mars 2011).

³⁹⁶ Pour plus d'informations au sujet de cet accord et de ses implications, voir GILLIERON, Philippe, « Google Book : un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur ? » in : *Medialex* 2009 pp. 68 ss.

6.6. LES PLATEFORMES DE VENTES AUX ENCHERES

Les plateformes comme eBay semblent plus exposées aux infractions du droit à la marque qu'au droit d'auteur³⁹⁷. Nous étudierons un arrêt américain qui se rattache au droit d'auteur et à la société américaine eBay. Celle-ci offre un service en ligne sous la forme d'une plateforme de vente aux enchères dans laquelle ont lieu des transactions entre les utilisateurs. La plateforme se finance en prélevant un pourcentage sur les ventes³⁹⁸.

En 2001, un producteur de films américain a attaqué eBay après que des copies illégales de DVD de son film avaient été vendues sur eBay³⁹⁹. Celle-ci était accusée d'avoir participé à ces infractions, ainsi que de les avoir facilitées. Le Tribunal a dû se prononcer sur la responsabilité indirecte d'eBay pour avoir fourni aux utilisateurs une telle plateforme de ventes aux enchères en ligne, laquelle est susceptible d'être utilisée pour y réaliser des transactions illégales. Considérant l'application du statut d'hébergeur⁴⁰⁰ à eBay, le Tribunal a jugé qu'eBay pouvait en bénéficier car :

- le plaignant n'a pas fait parvenir à eBay des demandes de retrait dans les formes prévues par le DMCA, aussi le Tribunal ne les a pas prises en compte dans son analyse de la connaissance des infractions par eBay. De plus, les informations fournies par le plaignant durant le procès n'ont pas démontré qu'eBay avait effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites (ou avait connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente) ;
- eBay avait déjà volontairement mis en place son programme VeRO (*Verified Rights Owner*) dans le but de protéger la propriété intellectuelle d'autrui. Les ayants droit ont ainsi un moyen facilité de notifier eBay d'éventuelles atteintes à leurs droits. Le plaignant n'avait pas rejoint ce programme. Il reprochait à eBay de ne pas avoir exercé son droit et son pouvoir de contrôler l'activité illicite⁴⁰¹. Le Tribunal rappelle que cela ne signifie pas uniquement que le prestataire ait la capacité de bloquer l'accès ou de retirer le contenu litigieux. Pour cela, il faut que l'ayant droit ait notifié le prestataire, dans les formes prévues, et que ce dernier ait adopté des directives permettant de mettre fin à l'accès des utilisateurs qui commettent des infractions répétées. Si eBay avait bien adopté ces directives, le plaignant n'avait pas correctement notifié eBay.
- Le Tribunal retient aussi que les activités de contrefaçon dont il est question ici sont la vente et la distribution de copies piratées du DVD d'un film. Ces infractions ne sont pas réalisées sur eBay mais « hors ligne », ce qui conforte le tribunal dans sa position quant au fait qu'eBay n'avait pas le droit ni la capacité de contrôler une telle activité.
- Enfin, eBay n'est pas activement impliquée dans le processus de vente, contrairement aux sociétés de vente aux enchères (comme Christie's). Les arrangements pour que la vente ait effectivement lieu sont réalisés directement entre l'acheteur et le vendeur. eBay n'aurait donc aucun contrôle sur les objets prétendument illicites.

Le Tribunal a donc jugé qu'eBay pouvait invoquer légitimement le *safe harbor* du DMCA afin d'éviter d'être reconnue complice des infractions.

D'autres décisions vont dans le sens de cette jurisprudence, mais dans d'autres domaines que le droit d'auteur⁴⁰².

³⁹⁷ Voir par ex. : *eBay c. L'Oréal*, CJUE, C-324/09, 12 juillet 2011 ; *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2010).

³⁹⁸ Pour plus de détails, voir <http://pages.ebay.fr/help/sell/fees.html>.

³⁹⁹ *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F. Supp. 2d 1082 (2001).

⁴⁰⁰ 17 U.S.C. § 512 (c).

⁴⁰¹ 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (C).

⁴⁰² Voir par ex. aux États-Unis, *Grace v. Neeley*, BC288836 (2003) ; en France, *Maceo c. eBay International AG*, TGI de Paris, 13 mars 2012 ; en Allemagne, *Rolex v. eBay*, I ZR 304/01, Bundesgerichtshof, 11 mars 2004 ; en droit communautaire, *eBay c. L'Oréal*, CJUE, C-324/09, 12 juillet 2011.

De manière générale, nous pouvons admettre que les sociétés exploitant des plateformes de vente aux enchères similaires à eBay devraient être considérées comme des hébergeurs pour autant qu'elles gardent un rôle neutre dans l'exploitation de leurs plateformes. Comme l'a justement relevé la justice américaine, les infractions au droit d'auteur ne sont en principe pas commises directement sur la plateforme mais hors du milieu numérique. Une plateforme comme eBay ne permet que d'écouler les œuvres illégalement reproduites ; tout au plus pourrait-elle être poursuivie pour recel, mais elle n'est pas censée connaître l'origine illicite des œuvres. De plus, il lui sera probablement impossible de mettre en place un système similaire à celui de YouTube afin de contrôler *a priori* ce que ses utilisateurs mettent en vente. On le voit, la portée du droit d'auteur est limitée dans cette situation.

6.7. QUELQUES PLATEFORMES PARTICIPATIVES

6.7.1. *Les forums et les blogs*

La responsabilité des opérateurs de ces plateformes étant très similaire, nous les analyserons en même temps.

L'administrateur d'un forum de discussion peut voir sa responsabilité engagée en fonction de l'activité qu'il exerce sur sa plateforme. De manière générale, on peut considérer que s'il contrôle les messages envoyés avant leur publication (contrôle *a priori*), il sera considéré comme éditeur puisqu'il contrôle le contenu des messages du forum. Dans ce cas, il sera responsable au premier chef du contenu du message. S'il ne contrôle pas *a priori* les messages, l'auteur du message sera considéré comme l'auteur de l'infraction. Il faut toutefois réserver les cas où la responsabilité de l'administrateur du forum peut être engagée, par exemple sur la base de la complicité⁴⁰³. Dans ce dernier cas, peut-on envisager d'appliquer le statut d'hébergeur à l'administrateur du forum ? En admettant que l'administrateur se cantonne à un rôle d'hébergeur – il offre une plateforme de discussion dont il prend en charge le stockage mais n'agit pas sur son contenu –, c'est tout à fait réaliste.

L'administrateur d'un blog peut être considéré de deux manières. Premièrement, il est en général l'auteur des informations et contenus qu'il publie, ce qui nous permet de le considérer comme l'éditeur du blog. De ce fait, il engage sa responsabilité pour tout ce qu'il publie. Deuxièmement, nous pouvons le voir comme un administrateur d'un forum lorsqu'il permet la publication de commentaires par des tiers à la suite de ses publications. Dans ce dernier cas, il pourrait être vu comme un hébergeur, pour autant qu'il ne modère pas les messages *a priori*.

Aux Etats-Unis, il devrait être possible pour l'administrateur d'un blog ou d'un forum de bénéficier du statut de l'hébergeur s'il répond aux conditions posées par les dispositions du DMCA⁴⁰⁴. Encore faut-il qu'un tribunal admette que l'hébergement des commentaires des lecteurs constitue une part non négligeable de l'activité du blogueur (ce qui ne devrait pas être problématique pour un forum car l'administrateur d'un forum n'a en principe pas besoin de se charger d'une tâche rédactionnelle pour alimenter le forum en contenu).

La justice américaine a eu la possibilité de se prononcer sur la violation du droit d'auteur d'un écrivain qui a vu des copies de ses œuvres circuler sur des forums Usenet⁴⁰⁵. Il avait alors assigné AOL en justice et avait perdu au motif qu'AOL était protégé par le DMCA en tant qu'hébergeur (bien que la question de la *contributory liability* ait été difficile à trancher). AOL ne pouvait contrôler les forums Usenet et ne les avait pas initiés.

Le droit communautaire semble potentiellement plus problématique en ce qui concerne les commentaires ou messages publiés par des tiers sur des blogs. En effet, pour qu'un service fourni sur Internet

⁴⁰³ Forum des droits sur l'Internet, Recommandation du 8 juillet 2003, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web », p. 25.

⁴⁰⁴ 17 U.S.C. § 512 (c). Dans le cas *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018 (2003) relevant de la diffamation, la justice américaine a fait bénéficier l'administrateur d'un forum du statut d'intermédiaire technique (§ 47 U.S.C. § 230), alors même que celui-ci a publié un message – qui ne devait pas l'être – après lui avoir apporté des modifications mineures.

⁴⁰⁵ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 69 U.S.P.Q.2d (BNA) 1616 (2004).

réponde à la définition posée dans la directive sur le commerce électronique, il faut notamment que ce service soit presté « normalement contre rémunération⁴⁰⁶ ». Il faut savoir que de nombreux blogs sont utilisés à des fins purement personnelles ; beaucoup de forums de discussion sont aussi utilisés dans un but non commercial. Sont-ils dès lors exclus du champ d'application de la directive ?

En principe, un blog est accessible gratuitement, de même qu'un forum. *De lege lata*, ils apparaissent donc disqualifiés. Qu'en est-il si le blog (ou le forum) affiche de la publicité, dans le but de financer ses frais d'hébergement et de nom de domaine, par exemple ? A notre avis, cela ne change rien. Le blog (ou le forum) reste un « service » pour lequel le public ne paie normalement pas ; au contraire, c'est en principe l'administrateur du blog (ou forum) qui prend les frais à sa charge⁴⁰⁷. Cela n'a toutefois pas empêché les tribunaux d'attribuer le statut d'hébergeur à un forum⁴⁰⁸. Il faut encore noter que les administrateurs de forums qui participent à la vie de cette plateforme pourraient engager leur responsabilité éditoriale puisqu'ils n'apparaissent plus comme neutres et passifs.

De lege ferenda, on ne voit pas pourquoi l'administrateur d'un blog devrait être exclu du régime de responsabilité de la directive alors qu'on reconnaît que l'administrateur d'un forum peut être un hébergeur. Si l'on compare le but de ces plateformes, on constate qu'il est semblable : offrir aux internautes un lieu pour échanger, débattre, réagir. La réalisation de ce but se fait certes sous deux formes différentes, mais il convient de ne pas s'arrêter à cette seule forme pour exclure les blogs. Selon nous, l'argument essentiel consiste dans l'activité déployée : alors que l'administrateur d'un forum offre précisément un service d'hébergement de messages, le blog n'a en pas cette vocation (du moins, pas à titre principal puisqu'il sert avant tout à permettre à l'auteur du blog de s'exprimer). Il reviendrait donc à un tribunal d'analyser ce critère avant de décider si l'administrateur du blog est éligible au régime communautaire de responsabilité. Cela étant, à notre avis, pour le bon développement des services sur Internet et avec les avancées du Web 2.0, il convient de garder une définition très large des services de la société de l'information.

En France, la justice a estimé que les forums modérés *a posteriori* ne pouvaient se voir appliquer la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁴⁰⁹ mais bénéficiaient du régime de la LCEN en leur qualité d'hébergeur⁴¹⁰.

Pour sa part, la justice belge a estimé qu'un particulier exploitant un forum ne pouvait être considéré comme hébergeur de cette plateforme car la prestation d'hébergement était fournie par une société qui offrait l'infrastructure technique pour l'hébergement⁴¹¹. La Cour avait estimé que l'administrateur ne remplissait pas un rôle d'intermédiaire, que son activité n'était pas purement technique, automatique et passive.

Aux Pays-Bas toutefois, l'administrateur d'un site Internet sur lequel se trouvait notamment un forum a vu sa responsabilité engagée⁴¹² car il refusait de retirer des contenus contrefaisants et de fournir au

⁴⁰⁶ Cf. Directive 2000/31/CE, consid. 17.

⁴⁰⁷ A l'inverse, la personne qui met à disposition du public une plateforme pour y créer un blog (Wordpress, par exemple) devrait bénéficier du statut d'hébergeur car elle fournit un service qui, en toute logique, devrait être presté contre rémunération. De même, une personne qui administre un blog mais laisse le soin d'y publier du contenu à d'autres personnes devrait être considérée comme hébergeur.

⁴⁰⁸ Voir par ex. *SA Groupe MACE c. Diligent Gilbert*, TGI Lyon, 21 juillet 2005.

⁴⁰⁹ Cette loi contient les articles 93-2 et 93-3 qui disposent que l'auteur principal de l'infraction est l'auteur du message et que s'il ne peut être identifié, le créateur du forum sera considéré comme l'auteur du message.

⁴¹⁰ *SA Groupe MACE c. Diligent Gilbert*, TGI Lyon, 21 juillet 2005. Dans cette affaire relative à des messages diffamatoires, l'administrateur du forum avait retiré sous 24 heures les messages après qu'on lui avait notifié leur caractère diffamatoire. Le Tribunal avait estimé qu'il avait agi promptement. Si le Tribunal a déclaré que l'administrateur était responsable du contenu du forum et qu'il pouvait en contrôler les informations, il a également rappelé que la société offrant l'hébergement du site était tenue d'une obligation générale de prudence et de diligence, et qu'elle devait prendre toutes les précautions pour éviter de léser les droits de tiers.

⁴¹¹ *Vielle et Canazza c. Debray*, R.G. 2006/AR/2483, R. n° 2009/8292-2635, Cour d'appel de Bruxelles, 25 novembre 2009.

⁴¹² Décision du Tribunal de première instance d'Amsterdam, 420336 / KG ZA 09-379 P/PvV, 12 mars 2009.

plaignant l'adresse IP des personnes qui avaient mis à disposition les contenus litigieux. Le Tribunal a considéré que l'administrateur ne pouvait être protégé par le statut d'hébergeur car il avait lui-même demandé aux internautes de fournir des contenus contrefaisants. De ce fait, l'activité de l'administrateur n'était pas neutre, passive et automatique et ne répondait donc pas aux exigences légales⁴¹³.

Concernant les blogs, un tribunal berlinois a décidé que le propriétaire d'un blog n'est responsable pour le contenu des tiers qu'à partir du moment où il acquiert la connaissance de l'illégalité de ce contenu⁴¹⁴. De plus, il n'astreint pas les propriétaires de blogs à surveiller les contenus futurs même si des contenus illégaux sont apparus dans le passé.

Nous pouvons déduire de ce qui précède que l'administrateur d'un forum de discussion peut bénéficier du statut d'hébergeur s'il se comporte comme un intermédiaire, c'est-à-dire qu'il n'interfère pas avec le contenu du forum. A l'instar du blogueur, il devrait également voir sa responsabilité limitée s'il n'avait pas connaissance du caractère illicite des informations ou de faits et circonstances rendant ce caractère apparent, s'il a rapidement retiré ces informations quand il a pris connaissance de leur caractère illicite⁴¹⁵.

6.7.2. Les encyclopédies en ligne

Il existe deux types d'encyclopédies en ligne : la première n'est pas participative et est un dérivé ou une évolution de la version physique (ou numérique), à l'image de l'Encyclopædia Universalis ; la seconde est participative et en principe basée sur un modèle de fonctionnement appelé « wiki » (en raison de la principale encyclopédie gratuite mondiale, Wikipédia).

De manière similaire aux blogs et forums, nous nous posons la question de l'éligibilité de ces encyclopédies (ou wikis) au régime communautaire de responsabilité. En effet, un wiki est en principe fourni gratuitement au public (Wikipédia est gratuite mais financée par des dons). Pour reprendre cet exemple, Wikipédia pourrait dès lors ne pas être considérée comme un service de la société de l'information au sens de la directive sur le commerce électronique puisqu'elle n'est pas prestée « normalement contre rémunération ». Toutefois, dans le monde réel, l'accès à une encyclopédie se fait en général contre rémunération (i.e. l'achat de l'encyclopédie, sa location, son prêt, etc.), ce qui tendrait à considérer les encyclopédies en ligne comme des services de la société de l'information.

Wikipédia est une plateforme de partage et d'accumulation de connaissances à laquelle tout un chacun peut participer ; cela signifie que l'administrateur de Wikipédia peut le faire, et dans ce cas il endosserait un rôle d'éditeur. De plus, des personnes peuvent être engagées personnellement ou par contrat dans le contrôle du contenu qui est publié sur la plateforme ; cela peut se révéler problématique si le destinataire du service « agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire » car la limitation de responsabilité sera inapplicable dans ce cas⁴¹⁶. Toutes ces raisons font que s'il paraît opportun de ne pas s'arrêter à la lettre de la directive et d'admettre les encyclopédies participatives en tant que « services de la société de l'information », il n'est pas certain que l'administrateur d'une telle plateforme puisse bénéficier du statut d'hébergeur dans tous les cas. Les circonstances devront être analysées avec un soin particulier par les juridictions qui se verraient soumettre un cas de responsabilité concernant un wiki.

Nous n'avons pas connaissance, à l'heure actuelle, de décisions judiciaires traitant de la responsabilité d'une encyclopédie en ligne, à l'exception d'un cas de diffamation et d'atteinte à la vie privée, en France⁴¹⁷. Ce litige oppose des particuliers à Wikimedia, sur le site de laquelle se trouvait un article révélant l'homosexualité des particuliers. Le Tribunal a rappelé que, selon la LCEN, les hébergeurs de

⁴¹³ Art. 196c du Code civil des Pays-Bas. Une traduction de cette loi est disponible sur : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dccititle6633.htm#sec0634a>.

⁴¹⁴ Amtsgericht Berlin-Mitte, 15 C 1011/04, 20 octobre 2004.

⁴¹⁵ FERAL-SCHUHL, pp. 575 ss, n^{os} 123.31 ss et pp. 582 s, n^{os} 124.31 ss.

⁴¹⁶ Art. 14 al. 2 Directive 2000/31/CE.

⁴¹⁷ *Marianne B. et autres c. Wikimedia Foundation*, TGI Paris, Ordonnance de référé, 29 octobre 2007.

contenus n'ont pas l'obligation de surveiller les informations stockées, ni de rechercher des faits ou circonstances révélant des activités illicites et que les prestataires d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des informations qu'ils stockent s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère⁴¹⁸. Les plaignants n'ayant pas fait part de leur grief à Wikimedia dans les formes requises par la loi⁴¹⁹, notamment concernant les dispositions légales applicables, Wikimedia n'est pas réputée avoir acquis la connaissance de faits illicites qui engagerait sa responsabilité. Wikimedia avait d'ailleurs retiré le contenu avant l'audience des parties au tribunal, ce qui amène le Tribunal à considérer qu'elle a agi promptement dès qu'elle a eu une connaissance non équivoque et claire de la situation (grâce à l'action en justice).

6.7.3. Les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux permettent à leurs utilisateurs de créer un profil personnel (sous une vraie ou fausse identité). En principe, et selon le type de réseau social dont il s'agit, les utilisateurs pourront faire afficher des photos, images, textes, vidéos, parfois même de la musique. Les réseaux sociaux sont l'exemple même des plateformes d'hébergement de contenus générés par les utilisateurs (*user generated content*). A l'instar des forums en particulier, ces plateformes peuvent héberger tant du contenu licite qu'illicite.

Il ne fait en principe aucun doute que la personne exploitant un réseau social puisse voir sa responsabilité limitée en cas de litige, au moyen des *safe harbors* américains et communautaires notamment. Ce type de plateforme est la plupart du temps financé par la publicité, ce qui implique qu'il correspond à la définition du « service de la société de l'information » issu de la directive sur le commerce électronique. Bien que l'hébergement du contenu ne puisse pas se révéler être la principale activité d'un réseau social (par exemple une plateforme visant à évaluer des professeurs d'université ou à mettre en contact des personnes à la recherche de leur moitié), l'hébergement des données des utilisateurs sera une condition *sine qua non* de l'exploitation de la plateforme afin d'en réaliser le but.

De manière semblable aux sites de partage de vidéos (comme YouTube) ou de photos (comme Flickr), quand on tombe sur un contenu hébergé sur un réseau social, il faudra se demander à qui appartient ce contenu. Si le contenu n'est pas hébergé sur le réseau social mais seulement affiché en tant que lien vers le site où il se trouve réellement, la question ne se pose en principe pas⁴²⁰.

Si le contenu peut être protégé par le droit d'auteur, son créateur est le seul propriétaire de l'œuvre en question et peut s'opposer à sa diffusion sur les réseaux sociaux. De même, un statut sur Facebook et un *tweet* sur Twitter peuvent être protégés par le droit d'auteur s'ils répondent aux conditions légales (l'œuvre est une création littéraire ou artistique et présente un caractère individuel⁴²¹), bien qu'on puisse estimer que cela ne soit en général pas le cas. L'agencement de certains éléments et la compilation d'un certain nombre de contenus pourraient également être éligibles à la protection du droit d'auteur s'ils sont suffisamment originaux.

Afin de garantir leur absence de responsabilité, ces plateformes adoptent des conditions générales que les utilisateurs ont acceptées (à défaut de les avoir lues) et dans lesquelles il est normalement précisé que l'utilisateur atteste être le propriétaire légal des informations et contenus qu'il stocke et publie.

⁴¹⁸ Art. 6-I-7 et 6-I-2 LCEN.

⁴¹⁹ Art. 6-I-5 LCEN.

⁴²⁰ Il faut toutefois relever que de gros réseaux sociaux comme Facebook mettent probablement en cache (voire stockent réellement) une grande quantité d'informations, par exemple les vignettes – ou *thumbnails* – des vidéos hébergées sur Youtube mais dont on publie le lien. Dans ce cas, si l'information originale est supprimée, Facebook devra mettre à jour son cache (ou supprimer l'information stockée), comme l'impose l'art. 13 Directive 2000/31/CE et le 17 U.S.C. § 512 (b).

⁴²¹ Art. 2 al. 1 LDA.

Ces réseaux sociaux attirent aussi l'attention de leurs utilisateurs sur le fait qu'ils respectent la loi et qu'ils se soumettent aux demandes de retrait de contenus illicites⁴²².

En résumé, un réseau social peut bénéficier du statut d'hébergeur pour autant qu'il n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites, et qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente. Dès le moment où il a de telles connaissances, il doit agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

6.8. QUELQUES AUTRES PLATEFORMES INTERACTIVES

Avant de conclure ce travail, nous allons encore brièvement nous pencher sur le régime applicable aux plateformes de *chat* (messagerie instantanée) et aux mondes virtuels.

6.8.1. Les plateformes de chat

La plupart des plateformes de chat sont soit accessibles via un navigateur web, soit directement au moyen de logiciels clients qui se connectent au serveur de messagerie. Du point de vue légal, ces deux approches sont similaires, bien que l'on puisse admettre que le chat via un navigateur nécessite que l'interface et l'infrastructure de la plateforme soient hébergées sur Internet, ce qui suppose probablement un stockage de certaines données des utilisateurs.

Il n'en reste pas moins que le but de ces plateformes est d'acheminer les informations envoyées par un utilisateur à un autre. Elles ne devront donc pas être éligibles au statut d'hébergeur mais en tant que *mere conduit*, comme un fournisseur d'accès⁴²³. En fonction de leur mode de fonctionnement, il serait possible de leur appliquer à titre subsidiaire les dispositions sur l'activité de *caching*.

Ces plateformes doivent donc se retenir d'intervenir sur le contenu des informations qu'elles acheminent : elles ne doivent pas sélectionner le destinataire de la transmission, ni être à l'origine de cette dernière, ni sélectionner ou modifier les informations à transmettre. Elles ne peuvent donc mettre en place des filtres ou modifier le contenu d'une information sous quelque prétexte que ce soit, sauf à perdre leur statut de simple transporteur.

6.8.2. Les mondes virtuels

Les mondes virtuels comme Second Life ou World of Warcraft permettent d'héberger une communauté de personnes présentes sous la forme d'avatars et qui peuvent se déplacer et interagir⁴²⁴.

Il n'est pas certain, à notre avis, que ces plateformes puissent se voir attribuer le statut d'hébergeur. En effet, les ressources nécessaires à l'affichage du monde virtuel sont en principe stockées sur l'ordinateur de l'utilisateur – c'est le cas pour les jeux en ligne tels que World of Warcraft –, ce qui tend à considérer l'intermédiaire technique comme un simple transport (*mere conduit*). Dans le cas de Second Life, le monde virtuel ainsi que les objets créés par les utilisateurs sont hébergés sur les serveurs de l'entreprise administrant le service ; les utilisateurs accèdent au monde via un logiciel (appelé « Viewer »). De ce point de vue, et bien que l'activité principale de Second Life ne soit pas l'hébergement de données mais la fourniture d'une plateforme de rencontre et de jeu, le statut d'hébergeur pourrait s'appliquer à Second Life.

Dans les deux cas ci-dessus, il convient de préciser que les services permettent entre autres de discuter avec d'autres utilisateurs. Cela signifie que cette activité est en principe soumise à la limitation de responsabilité du simple transporteur⁴²⁵.

⁴²² Cf. par ex. la « Politique de Copyright » de Twitter (<https://twitter.com/tos>) et les conditions générales de Facebook (<https://www.facebook.com/legal/terms>).

⁴²³ 17 U.S.C. § 512 (a) et art. 12 Directive 2000/31/CE.

⁴²⁴ http://fr.wikipedia.org/wiki/Monde_virtuel.

⁴²⁵ Cf. *supra* 6.8.1.

7. Conclusion

L'exercice auquel nous venons de nous livrer nous a permis de mettre en exergue les différences légales et jurisprudentielles qui existent principalement en Europe et aux Etats-Unis. Mais il nous a également donné l'occasion de nous rendre compte que beaucoup d'Etats partagent des règles relativement semblables. Comme Internet est par nature « international » et se joue allégrement des frontières géographiques, une cacophonie de réglementations différentes semblait prévisible. L'évolution d'Internet avait rendu les intermédiaires vulnérables aux agissements des internautes et aux actions en justice des ayants droit. Pourtant, les Etats concernés sont parvenus à trouver des solutions innovantes qui permettent, dans la plupart des cas, de protéger les intermédiaires, les ayants droit et également les internautes. Peut-être est-il temps d'adopter une réglementation internationale dans le but d'harmoniser ces règles ?

Sans revenir sur les détails de cette étude, nous avons remarqué qu'un consensus général s'est développé autour de la *notice and takedown procedure*. Un grand nombre de pays l'a adopté ou s'en est inspiré. A notre avis, bien qu'imparfaite, cette procédure représente un moyen pragmatique et fonctionnel de mettre en balance les intérêts des différents protagonistes sur Internet, à savoir les internautes, les intermédiaires et les ayants droit. Les législateurs et les tribunaux devraient cependant être prudents et ne pas généraliser aux intermédiaires une responsabilité qui irait au-delà de cette procédure, par exemple le filtrage : tous les intermédiaires ne disposent pas des mêmes ressources et les atteintes aux droits fondamentaux pourraient être non négligeables. Car à défaut de pouvoir agir contre les internautes (ce qui n'est d'ailleurs pas dans leurs intérêts), les ayants droit n'ont pas d'autre solution que de s'en prendre aux intermédiaires. Beaucoup de leurs tentatives pour résorber le partage de fichiers protégés par le droit d'auteur ont échoué, ce qui explique qu'ils se tournent vers d'autres moyens, comme la réponse graduée, le blocage de l'accès à certaines plateformes, voire le filtrage.

Il ressort de manière générale qu'un fournisseur d'accès ne peut décemment pas voir sa responsabilité engagée. Il n'a en principe pas connaissance des infractions et ne peut pas contrôler les flux de données, ceux-ci étant beaucoup trop importants. Toutefois, en admettant qu'il ait connaissance des infractions et qu'il puisse prendre des mesures – économiquement raisonnables pour lui et proportionnées quant aux droits des internautes – pour bloquer l'accès aux contenus, sa responsabilité devrait pouvoir être engagée s'il n'agit pas.

En ce qui concerne les plateformes interactives, elles seront souvent considérées comme hébergeurs de données puisqu'elles reposent essentiellement sur les informations générées ou médiatisées par les internautes. Cela étant, les critères pour déterminer la responsabilité de ces plateformes ne sont pas fondamentalement différents de ceux à appliquer pour les fournisseurs d'accès. Il est évident que la plateforme ne peut ignorer les injonctions des tribunaux, mais elle ne peut pas non plus négliger les signalements des ayants droits. A ce sujet, les Etats-Unis ont eu la judicieuse idée de prévoir une procédure de notification qui conditionne à plusieurs critères la conduite que la plateforme doit adopter. Cette solution semble éminemment plus sûre pour cette dernière en comparaison de la législation européenne qui n'exige d'un intermédiaire qu'il agisse promptement dès qu'il a connaissance de l'infraction. Encore faut-il qu'il ait la capacité d'agir ce qui, dans le cas de la plateforme d'hébergement ou de recherche de contenus ne devrait pas être très compliqué : le contenu devrait pouvoir être facilement retiré ou bloqué, voire filtré ou déréférencé.

Cette étude comparée des solutions adoptées par plusieurs pays a mis en exergue l'absence de dispositions spécifiques concernant la responsabilité des intermédiaires en Suisse. Si l'on ne peut nier que la Suisse s'en est plutôt bien sortie jusqu'ici en appliquant le droit commun, il n'est pas inconcevable d'imaginer que l'essor d'Internet va continuer et que cela appellera le législateur à sortir de sa léthargie. D'autres questions techniques, économiques, politiques et juridiques auront à être posées dans les prochaines années et il est prévisible qu'elles demanderont l'application d'une législation propre.

Internet et les intermédiaires ont permis de donner plus de pouvoir au consommateur final en facilitant son activité et ses interactions avec les tiers. Grâce à la limitation de la responsabilité des intermédiaires, Internet s'est développé à une vitesse fulgurante, voyant de nouveaux services émerger les uns après les autres. Ces intermédiaires sont pourtant de plus en plus sollicités pour protéger les droits de tiers ; il est probable que les Etats fassent pression sur eux afin d'obtenir toute la collaboration néces-

saire de leur part dans le but de contrôler les infractions commises sur Internet. S'ils veulent conserver leur limitation de responsabilité, une plus grande diligence sera exigée d'eux à l'avenir. Afin de protéger les intérêts de chacun, il devient inévitable pour les intermédiaires d'agir *ex ante* et non plus *ex post* : leur rôle évoluera, et la limitation de leur responsabilité sera conditionnée à la prise de mesures afin de prévenir les infractions.

Si nous sommes bien conscients de la nécessité de protéger les ayants droit face à la contrefaçon et au piratage, nous estimons que les Etats ne devraient pas demander aux intermédiaires de procéder à des contrôles *a priori*, car les risques pour la liberté d'expression et le droit à l'information sont considérables. Les instruments actuels peuvent potentiellement porter atteinte à ces droits, aussi se justifie-t-il de ne pas les réduire encore plus en confiant à des sociétés privées le soin de décider de censurer ou non des informations. Leur donner un pouvoir d'appréciation et d'initiative irait au-delà de leur fonction, qui devrait rester purement technique. Ce serait leur conférer des devoirs et droits qu'ils ne doivent pas avoir, et qu'ils ne désirent peut-être pas.

A notre avis, si un renforcement du devoir de diligence des plateformes s'avère sans conteste nécessaire, il convient de garder à l'esprit que la limitation de la responsabilité est absolument indispensable et de s'en tenir aux trois propositions de Madame Falque-Pierrotin : préférer l'autocontrôle au contrôle *a priori*, clarifier la responsabilité des acteurs et développer la coopération internationale. Si la deuxième proposition semble désormais réalisée, la troisième devrait permettre d'obtenir une situation acceptable et sous contrôle pour la première. Ainsi, les droits de propriété intellectuelle devraient être protégés d'une manière efficace, sans que les droits fondamentaux des internautes ne soient mis en cause, tout en favorisant le développement d'Internet.

La recherche d'un équilibre entre la technique, le droit et la société ne doit pas s'arrêter. Il ne nous appartient pas d'anticiper le résultat de cette recherche. L'avenir nous le dira...

8. Table des abréviations utilisées

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (RS 0.632.20, annexe 1.C)
AFP	Agence France-Presse
al.	alinéa (s)
art.	article (s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
c.	contre
CB	Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris (1971) (RS 0.231.15)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Code des obligations (RS 220)
comp.	(à) comparer (avec), comparez
consid.	considérant
CDA	Communications Decency Act (1996)
DFJP	Département fédéral de justice et police
DoJ	Department of Justice (Département de la justice des Etats-Unis)
etc.	<i>et caetera</i>
ex.	exemple (s)
FBI	Federal Bureau of Investigation (Bureau fédéral d'investigation)
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (Société pour les droits sur la représentation musicale et la reproduction mécanique)
Geste	Groupement des Editeurs de Services en Ligne
HTML	Hypertext Markup Language
<i>ibid.</i>	<i>ibidem (au même endroit)</i>
<i>id.</i>	<i>idem (le même)</i>
i.e.	<i>id est (c'est-à-dire)</i>
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry
<i>infra</i>	<i>ci-dessous</i>
LCEN	Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
<i>lit.</i>	<i>littera (lettre)</i>
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
MP3	MPEG-1/2 Audio Layer 3
n.	note (s)
n° (s)	numéro (s)
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OCILLA	Online Copyright Infringement Liability Limitation Act
OSCPT	Ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.11)
p. (pp.)	page (s)
P2P	Peer-to-peer (pair-à-pair)

par.	paragraphe
PTT	Postes, télégraphes et téléphones
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s (ss)	et suivant (e) (s)
sect.	section
spéc.	spécialement
sté	société
<i>supra</i>	<i>ci-dessus</i>
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
UEJF	Union des étudiants juifs de France
URL	Uniform Resource Locator
U.S.C.	United States Code
v.	<i>versus</i>

9. Bibliographie

En principe, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul *nom de l'auteur*. Lorsque plusieurs ouvrages d'un auteur figurent dans la bibliographie, ils sont cités avec l'indication supplémentaire du ou des mots-clés indiqués entre parenthèses à la fin de la référence.

- BARRELET, Denis /
EGLOFF, Willi Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das
Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3^e édition, Stämpfli,
Berne, 2008.
- BENSOUSSAN, Alain /
BREBAN, Yann Les arrêts-tendances de l'internet, HERMES Science Publica-
tions, Paris, 2000.
- Commission européenne Legal analysis of a Single Market for the Information Society
(SMART 2007/0037), Chapter 6, Liability of online intermedi-
aries (Legal analysis of a Single Market for the Information So-
ciety).
<http://ec.europa.eu>
- DE WERRA, Jacques La protection juridique des contenus numériques et ses limites,
in : Quelques facettes du droit de l'Internet, Volume 3 et 4,
Presses Académiques Neuchâtel, 2003.
- DESSEMONTET, François La propriété intellectuelle, CEDIDAC, Lausanne, 2000 (pro-
priété).
- DESSEMONTET, François La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^e édition,
CEDIDAC, Lausanne, 2011 (licence).
- EDWARDS, Lilian Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field
of Copyright and Related Rights, Side-Event on the Role and
Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copy-
right, OMPI, 22 juin 2011, Genève.
<http://www.wipo.int>
- FERAL-SCHUHL, Christiane Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 4^e édition, Dalloz,
Paris, 2006.
- FRECH, Philipp Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsver-
letzungen durch ihre Kunden, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- GILLIERON, Philippe La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, *in* :
RDS 2002 pp. 387 ss (responsabilité).
- GILLIERON, Philippe Propriété intellectuelle et Internet, CEDIDAC, Lausanne, 2003
(Internet).

- LEMLEY, Mark A. Rationalizing Internet Safe Harbors, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Volume 6, pp. 101-119, 2007.
- LINANT DE BELLEFONDS, Xavier Le droit de l'informatique à l'aube du 3ème millénaire, Editions Publibook, 2001.
<http://books.google.ch>
- MENEL, Peter S. / NIMMER, David Legal realism in action : indirect copyright liability's continuing tort framework and Sony's de facto demise, *in UC Berkeley Public Law Research Paper*, No. 966380.
<http://www.law.berkeley.edu>
- OCDE The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives, OECD Publishing, 2011.
- SCOTT, Mike Safe Harbors under the Digital Millennium Copyright Act, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2005.
<http://www.law.nyu.edu>
- SEDAILLAN, Valérie La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique, 1999.
<http://www.juriscom.net>
- SONNEY, Virginie / WERRO, Franz Les services Internet et la responsabilité civile *in Medialex* 2008 p. 119, Stämpfli Verlag, Berne, 2008.
- SPINDLER, Gerald Study on the Liability of Internet Intermediaries, Markt/2006/09/E, Service Contract ETD/2006/IM/E2/69, Country Report – Germany, Executive Summary, 12 novembre 2007.
<http://ec.europa.eu>
- STROWEL, Alain / IDE, Nicolas Responsabilité des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles, 2000.
<http://www.droit-technologie.org>
- TERCIER, Pierre Le droit des obligations, 3^e édition, Schulthess, Zürich, 2004.
- TROLLER, Kamen Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2^e édition, Helbing & Lichtenhahn, 2006, Bâle.
- URBAN, Jennifer M. / QUILTER, Laura Efficient Process or « Chilling Effects » ? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act *in Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Volume 22, pp. 621 ss, 2006.
- VERBIEST, Thibault / WERY, Étienne Le droit de l'internet et de la société de l'information: droits européen, belge et français, Éditions Larcier, 2002, Bruxelles.

- VERBIEST, Thibault /
SPINDLER, Gerald /
MARIA RICCIO, Giovanni /
VAN DER PERRE, Aurélie
- Study on the Liability of Internet Intermediaries,
Markt/2006/09/E, Service Contract ETD/2006/IM/E2/69, 27
novembre 2007.
<http://ec.europa.eu>
- VON LOHMANN, Fred
- What Peer-to-Peer Developers Need to Know about Copyright
Law, 2006.
<https://www.eff.org>
- WAEDELDE, Charlotte /
EDWARDS, Lilian
- Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement,
Seminar on Copyright and Internet Intermediaries, OMPI, 18
avril 2005, Genève.
<http://www.wipo.int>
- WEINSTEIN, Debra
- Defining Expeditious : Uncharted Territory of the DMCA Safe
Harbor Provision *in* Cardozo Arts & Entertainment Law Jour-
nal, Volume 26, Issue 2, pp. 589 ss.
<http://www.cardozoaelj.com>

10. Table de la jurisprudence citée (par ordre alphabétique)

ALLEMAGNE

Amtsgericht Berlin-Mitte, 15 C 1011/04, 20 octobre 2004
GEMA v. Rapidshare, 5 U 87/09 (Rapidshare II), Oberlandesgericht Hamburg, 14 mars 2012
GEMA v. Youtube, 310 O 461/10, Landesgericht Hamburg (2012)
Rolux v. eBay, I ZR 304/01, Bundesgerichtshof, 11 mars 2004

AUSTRALIE

Cooper v. Universal Music Australia Pty Ltd, [2006] FCAFC 187
Moorhouse v. University of New South Wales, [1976] R.P.C. 151
Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd, [2010] FCA 24
Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd, [2011] FCAFC 23
Universal Music Australia Pty Ltd v. Cooper, [2005] FCA 972
Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd, [2005] FCA 1242

BELGIQUE

Copiepresse c. Google, 2006/9099/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 5 septembre 2006
Google c. Copiepresse, 06/10.928/C, Tribunal de première instance de Bruxelles, 13 février 2007
Google, Inc. c. Copiepresse et consorts, R.G. 2007/AR/1730, R.N. 2011/2999-817, Cour d'appel de Bruxelles, 5 mai 2011
Vielle et Canazza c. Debray, R.G. 2006/AR/2483, R. n° 2009/8292-2635, Cour d'appel de Bruxelles, 25 novembre 2009

CANADA

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45

ÉTATS-UNIS

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp.2d 896 (2000)
A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001)
Authors Guild et. al. v. Google, Inc., décision n° 05-8136 (22 mars 2011)
Blumenthal v. Drudge, 992 F. Supp 44 (1998)
Cuby Inc. v. Compuserve Inc., 776 F. Supp. 135 (1991)
Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 69 U.S.P.Q.2d (BNA) 1616 (2004)
Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (2006)
Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159 (1971)
Grace v. Neeley, BC288836 (2003)
Hendrickson v. eBay, Inc., 165 F. Supp. 2d 1082 (2001)
In re Aimster Copyright Litigation, 252 F. Supp. 2d 634 (2002)
In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (2003)
Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (2003)

MGM v. Grokster, 259 F.Supp.2d 1029 (2003)
MGM v. Grokster, 380F 3d 1154 (2004)
MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)
Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195 (2004)
Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (1993)
Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997)
Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 948 F.Supp. 923 (1996)
Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304 (1963)
Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984)
Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co., 1995 WL 323710 (1995)
Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2010)
Universal City Studios, Inc. v Sony Corp. of America, 480 F. Supp. 429 (1979)
Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 659 F.2d 963 (1981)
Viacom International Inc. v. Youtube Inc., 2010 WL 2532404 (2010)
Décision 10-3270 10-3342 de la Cour d'appel du 2e Circuit, 5 avril 2012
Zeran v. America Online, Inc., 524 U.S. 937 (1998)

FRANCE

Axa c. Infonie, Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999
Christian C., Nord-Ouest Production c. S.A. DailyMotion, S.A. UGC Images, TGI de Paris, 13 juillet 2007
Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, décision n° 2000-4333 DC
Dailymotion c. 120 Films et La Chauve Souris, Cour d'appel de Paris, 9 mai 2012
Hallyday c. Lacambre, TGI de Paris, Ordonnance de référé, 9 juin 1998
Jean-Yves L. dit Lafesse c. MySpace, TGI de Paris, Ordonnance de référé du 22 juin 2007
Jean-Yves L. dit Lafesse c. MySpace, TGI de Paris, 25 mars 2009
Lynda Lacoste c. Multimania et autres, TGI Nanterre, 8 décembre 1999
M. X., Sté Nord-Ouest et Sté UGC Image c. Sté Dailymotion, Cour de Cassation, 17 février 2011
Maceo c. eBay International AG, TGI de Paris, 13 mars 2012
Marianne B. et autres c. Wikimedia Foundation, TGI Paris, Ordonnance de référé, 29 octobre 2007
MySpace c. Jean-Yves L. dit Lafesse, Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2008
S.A. Dailymotion c. M. C., Société Nord-Ouest Production et S.A. UGC Images, Cour d'appel de Paris, 6 mai 2009
SA Groupe MACE c. Diligent Gilbert, TGI Lyon, 21 juillet 2005
SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c. UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a., Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2006
UEJF c. Calvacom et consorts, TGI de Paris, Ordonnance de référé, 12 juin 1996

PAYS-BAS

Bridgesoft v. Lenior, Tribunal de district de Rotterdam, 24 août 1995
Buma/Stemra v. Kazaa, KG 01/2264 OdC (29 novembre 2001)
Décision du Tribunal de première instance d'Amsterdam, 420336 / KG ZA 09-379 P/PvV, 12 mars 2009
Eglise de Scientologie v. Karin Spaink et consorts, Président du Tribunal de district de La Haye, 12 mars 1996

Kazaa v. Buma/Stemra, 1370/01 SKG (28 mars 2002)

Kazaa v. Buma/Stemra, C02/186HR (19 décembre 2003)

ROYAUME-UNI

Godfrey v. Demon Internet Limited, [1999] EWHC QB 244, 26 mars 1999

SUEDE

Sony et consorts v. Neij, Verdict B 13301-06, 17 avril 2009, cas n° B 13301-06

SUISSE

ATF 59 II 401

ATF 76 II 97

ATF 117 II 466 (JT 1992 I 387)

ATF 130 II 168

ATF 136 II 508 (JT 2011 II 446)

Kantonsgericht Graubünden, Réf. : PS 06 5 (GR), 27 juillet 2006 (Sic! 2008 p. 205)

Tribunal d'accusation du Canton de Vaud, 2 avril 2003

UNION EUROPEENNE (CJUE)

eBay c. L'Oréal, Arrêt C-324/09, 12 juillet 2011

Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Arrêt C-70/10, 24 novembre 2011