



Réflexions sur le streaming illégal et le cas MU.

publié le 16/02/2012, vu 5188 fois, Auteur : [IPNESS](#)

L'affaire Megaupload, les ambitions de l'HADOPI, SOPA et PIPA, ACTA... vous proposent une représentation sur le thème du Streaming illégal et son avenir.

Réflexions sur le streaming illégal et le cas MU.

Megaupload est un site internet, le 13ème site mondial, fondé en 2005 par un informaticien allemand, Kim Schmitz (appelé Kim Dotcom), permettant à un internaute de mettre en ligne (*d'uploader*) un fichier sur les serveurs du site. Celui-ci pouvait rester public et disponible en streaming sous la forme d'un lien *Megaupload* accessible dans le monde entier, parfois en téléchargement. Le site proposait aussi un espace de stockage à usage privé. Le site est basé à Hong Kong et possède des serveurs aux Etats Unis, aux Pays bas et au Canada.

Il est fermé par le département de la justice des Etats-Unis, le 19 janvier 2012, date que beaucoup qualifient déjà d'historique. Selon les études qui l'ont récemment suivi, 30% du trafic sur le web aurait disparu dans certains pays dont la France, et les réseaux de téléchargement annexes connaîtraient une croissance sans précédent, même si la VOD légale se retrouve boostée. Le « *problème* », comme beaucoup le suggéraient, se déplace rapidement.

La fermeture intervient à l'avènement d'une nouvelle législation, les « *PIPA/SOPA bills[1]* » aux Etats-Unis ont d'ailleurs vu leur vote repoussé à la suite de cet évènement et suite aux attaques des « *Anonymous* » et protestations des géants du web. Cela n'a pas empêché la signature d'ACTA[2] le 26 janvier 2012 par l'Union Européenne. La restriction des libertés sur internet est dénoncée, et l'objet plus que jamais du débat public.

Jamais une décision de justice n'aura eu un impact mondial comparable à celle autorisant la fermeture de *Megaupload.com*, en cela la décision mérite d'être qualifiée d'historique.

Cet évènement important rappelle à l'internaute lambda que l'internet n'est pas une zone de non droit (les juristes le savent bien), mais il est aussi l'occasion de réfléchir sur le droit applicable au streaming en France et aux E-U sous le prisme de l'affaire *Megaupload* et de l'actualité récente (I).

Le 25 novembre, l'Hadopi annonçait qu'elle allait s'attaquer directement au streaming en ligne, en recherchant notamment l'adaptation législative. Des mesures sont annoncées pour le premier trimestre 2012. Dans le même temps, la haute autorité organise des « *labs* » réunissant les acteurs concernés, qui doivent permettre de réfléchir aux adaptations. La réflexion française sur la responsabilisation des acteurs du streaming(II) illégale est donc lancée, qu'il s'agisse de celle de l'hébergeur ou du simple internaute.

I- Le cas *Megaupload*, le coq et l'aigle.

Une affaire tellement remarquable, qu'une hibernation juridique sur le sujet me paraissait trahir ma formation en propriété intellectuelle. Elle permet d'appréhender les similarités entre prestataires techniques en France **(A)** et aux E-U **(B)**, autant qu'elle révèle la mainmise de ces derniers sur le réseau **(C)**. Ensuite, elle intervient au point d'orgue d'une contestation symphonique, politique, populaire et *hacktiviste* contre les projets PIPA et SOPA aux E-U et ACTA en Europe **(D)**.

A- La situation du prestataire technique en France.

Un bref rappel sur leur responsabilité en France qui est en partie transposable à *Megaupload* ... Les prestataires techniques ou sites de streaming, essaient de s'exonérer de leur responsabilité en invoquant leur statut d'hébergeur dès lors qu'il leur est reproché d'avoir permis la mise à disposition d'une œuvre protégée.

La loi dite « LCEN[3] », prévoit que les hébergeurs, simples prestataires techniques, ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de leurs services s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite – (ou plus exactement « *manifestement* » illicite d'après la réserve d'interprétation apportée par le Conseil constitutionnel) – de faits et de circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils ont eu cette connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Ce régime exorbitant du droit commun n'est invocable, selon l'apport de la jurisprudence de la CJUE[4], que si le prestataire a eu un rôle « *purement technique, automatique et passif* » ; de sorte qu'il n'ait « *pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* ».

La LCEN[5] prévoit ainsi une procédure de notification en son article 6-I-5. Dès cette notification, une présomption de connaissance du caractère illicite du contenu pèse sur le fournisseur d'hébergement, qui en toute hypothèse devra retirer le contenu litigieux promptement sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Le cas contraire la responsabilité d'un hébergeur qui aurait en France une activité similaire à *Megaupload* (La diffusion en streaming de contenus illicites) serait engagée. Cette procédure est largement inspirée du système Américain.

B- MU et l'aigle.

Les Etats-Unis ont adoptés un système similaire au système français et européen (*Directive DADVSI* de 2006), celui du « **Notice and stay down** » établi par la *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*, par lequel les ayants droit notifient à un hébergeur qu'un contenu protégé est illicitement mis à disposition via son site afin que l'hébergeur le retire. L'hébergeur est ainsi responsable pour violation d'un copyright s'il avait connaissance de l'illicéité du contenu, c'est-à-dire lorsqu'il ne l'avait pas retiré après notification par l'ayant droit.

La responsabilité du site *Megaupload* passe par son absence de statut d'hébergeur de contenu. Si *Megaupload* est un site hébergeur de contenu, statut qu'il revendiquera à travers ses dirigeants lors de leur futur procès, il pourrait s'exonérer de sa responsabilité quant à la violation de copyrights, d'autant que le site proposait sur son interface un système de « *takedown* »

permettant de dénoncer la présence d'un contenu illicite sur le site.

Le FBI, dans son acte d'accusation argue que ce statut ne peut être appliqué, et ce pour plusieurs raisons (non exhaustives) démontrant que les dirigeants avaient connaissance des contenus illicites :

- En premier lieu parce que le site *Megaupload* laissait les utilisateurs dont les apports illicites avaient été retirés à la demande des ayants droit, ajouter d'autres contenus illicites sans suppression de leur compte. Néanmoins, il semble qu'aucune obligation légale ne forçait le site à fermer ces comptes.
- Il est reproché au site d'ignorer les demandes des ayants droit en ne retirant pas le contenu illicite mais seulement les liens qui lui avaient été transmis, alors que leur technologie leur permettait une identification plus large du contenu litigieux.
- Il est reproché au site d'avoir rémunéré certains *uploaders* dont l'apanage était la diffusion de contenus illicites. Cependant, une même rémunération peut avoir eu lieu sans distinction pour les diffuseurs agissant en toute légalité, postant des vidéos licites et virales comme il en existe beaucoup. Cette rémunération pouvait être un encouragement pour les artistes souhaitant partager leurs créations...
- Le site aurait lui-même encouragé la création de sites référençant les liens *Megaupload* illicites. Ici aussi cette action pourra avoir été la même vis-à-vis des sites opérant un référencement licite.
- De surcroît, l'acte du procureur révèle que les dirigeants eux-mêmes se servaient de leur site pour utiliser et visionner des contenus illicites (en interne), et se réfère à des mails démontrant que les dirigeants connaissaient la propension de leur site à soutenir l'illicite.

La responsabilité du site pour violation du droit d'auteur pourrait donc être engagée par sa propension à soutenir et promouvoir la violation de copyrights, ce qui ne fait plus de lui un simple intermédiaire technique et hébergeur irresponsable. La ligne de défense du site, à l'opposé, se tournera certainement vers la promotion prioritaire d'activités licites. L'émoi majeur suscité par l'affaire provient du fait que l'activité du site reposait (dans une proportion qui sera l'enjeu du procès) sur des activités de stockage de données et de streaming licite.

La simple allégation de la violation de copyrights (tels que réprimés par la *DMCA*) n'est pourtant pas la seule justification légale qui permet la fermeture par saisie du site *Megaupload*. L'acte d'accusation[6] du FBI, loin de se baser uniquement sur la violation du droit des auteurs, se fonde sur d'autres chefs d'accusation[7] que dont l'organisation mafieuse (*Conspiracy*) en vue de racket et de blanchissement d'argent réprimé par la loi dite « RICO » de 1962 (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*), législation anti mafieuse.

La fermeture du site a causé des dommages considérables aux utilisateurs qui profitaient légalement de son système de stockage et de transfert de fichiers personnels. Le journal ZDNet.fr révèle en effet que beaucoup de documents personnels sont d'une valeur financière et stratégique

importante[8] pour de nombreuses sociétés (aéronautiques, de cinéma...), de nombreux artistes et particuliers.

-Est-il possible pour eux d'agir ? Ou ? Contre qui ?

Les serveurs loués par *Megaupload* n'ont pas été saisis par les autorités. Ils sont toujours sous le contrôle des fournisseurs ayant un contrat avec la plate-forme (*Carpathia Hosting, LeaseWeb, Cogent...*), qui à défaut d'être payés, peuvent prendre l'initiative d'effacer celles-ci.

Aux Etats-Unis, l'EFF[9] (*Electronic Frontier Foundation*) a écrit aux avocats de la partie civile et au département de la justice, pour obtenir la sauvegarde des fichiers stockés, faute de quoi elle agira en justice. En Europe, le parti pirate catalan coordonne avec les autres partis pirates européens, une centralisation des informations venant des utilisateurs floués, dans l'intention d'agir en justice.

De telles actions de groupe pourraient donc être intentées contre le FBI ou *Megaupload* en cas d'effacement des fichiers, ce pourquoi l'avocat de *Megaupload* négocie avec le département de la justice afin de faire dégeler une partie des avoirs du groupe, de sorte que les serveurs et fournisseurs de *Megaupload* puisse être payés et procéder à une restitution des données aux usagers.

Néanmoins, Les conditions générales d'utilisation du site mentionnaient que ses utilisateurs n'avaient aucun droit de propriété sur les fichiers stockés et acceptaient le risque de les perdre ou de ne plus pouvoir y accéder. Le site peut donc se concentrer sur son procès contre l'état car a très peu de chance de faire l'objet d'actions de groupe.

La sauvegarde de ces fichiers, est importante au regard du droit à un procès équitable, puisque *Megaupload* devra essayer d'en tirer les trace d'une exploitation licite. Il serait choquant, au regard de ce principe, que le FBI qui se préconstitue des preuves depuis longtemps, ne laisse pas à la partie adverse les moyens de préparer sa défense.

C- La main mise de l'aigle.

Dénoncé de par le monde, bien avant la présente affaire, la mainmise des Etats-Unis sur l'attribution et la gestion des noms de domaines génériques est pourtant liée à la création du réseau sur le sol Américain. Le système d'attribution de noms de domaines (Domain Name System) est géré en Californie par L' ICANN, responsable des noms de domaine génériques. Elle a confié à la société *Verisign*, elle-même soumise au droit américain, la gestion des gTLD « .com » et « .net ».

Les autorités américaines ont donc tout le loisir de faire exécuter un mandat de saisie d'un nom de domaine ayant une extension « .com » ou « .net », dans la mesure où les organismes de gestion de ceux-ci sont sous leur tutelle exclusive. Ainsi « *Peu importe que la société possédant ledit nom de domaine ne réside pas sur le territoire américain et qu'elle ne soit pas régie par le droit américain. Une seule obligation : rassembler des preuves de violation patente des lois fédérales en matière de protection des droits d'auteur par un site internet, afin d'obtenir de la part des juges fédéraux un mandat de saisie du nom de domaine litigieux[10]* ».

En France, l'office gestionnaire du .fr, l'AFNIC[11] s'est émue de cette situation extrêmement critiquable, puisque l'action ne prend que quelques minutes aux autorités Américaines, et peut avoir des retombées mondiales graves, d'autant plus que l'on songe à d'éventuelles erreurs. Les autorités avaient ainsi "débranché" par erreur en 2010 quelque 84 000 sites lors de l'opération "In our sites"

destinée à fermer des sites liés à la pornographie. Neelie Kroes, commissaire européenne en charge des nouvelles technologies s'est elle aussi émue d'une telle opération[12].

Une mainmise relative ? Oui, toute relative. Déjà, il est promis que les serveurs du site *Megaupload* devraient être de nouveau accessibles via de nouveaux noms de domaines non filtrés par les Etats-Unis. L'affaire *Megaupload* est-il déjà qualifiable de coup d'épée (soit, ... une grosse épée) dans l'eau ? Le temps permettra d'en juger objectivement, mais pour le moment, force est de constater que de nombreux sites proposant des services similaires à *Megaupload* et semblant surfer sur l'économie de l'illicite, vient de se travestir en une légalité flambant neuve.

L'aigle est repu, pour preuve, le report en janvier des lois PIPA/SOPA[13] visant à lutter fermement contre le piratage et son économie. Mais l'aigle fait peur, à la suite de cette fermeture, des sites similaires à *Megaupload*, comme *Fileserve*, *Filesonic*, *Uploaded.to*, suppriment la rémunération des uploaders et le partage des fichiers, purgent leurs serveurs de tout fichier soupçonné d'illégalité, bloquent des comptes ou encore bloquent l'accès au téléchargement pour les Etats-Unis. En revanche, *Rapidshare* n'envisage aucun changement dans ses activités. Au Québec, *Allostreaming.com* décide d'arrêter définitivement ses services le 20 janvier 2012.

D- PIPA SOPA ACTA, un futur sombre pour le streaming, et le réseau ?

Les votes des deux projets de loi que sont PIPA et SOPA aux Etats-Unis, viens d'être repoussé. En Europe, le parlement a signé ACTA, et devra voter sur l'adhésion à ce traité.

- **ACTA** vise notamment une coopération entre les ayants droits et les opérateurs privés sur internet (contournant un contrôle *ab initio* de l'autorité judiciaire). Les ayants droits pourraient demander aux FAI des informations à caractère privées sur un site, sans intervention du juge mais à l'occasion d'une procédure judiciaire, pour recueillir des preuves. Le texte prévoit de nouvelles sanctions civiles et pénales.
- Quant à **PIPA et SOPA**, ils pourraient influencer le vote du texte définitif d'ACTA et les gouvernements européens. Ces projets veulent permettre à l'autorité judiciaire Américaine d'enjoindre à certains sites et opérateurs de paiement de cesser tout concours avec un site incriminé hors des E-U et interdire tout accès à ces derniers. Jusqu'ici, ces projets deviennent quasi-anecdotiques à la vue de l'affaire *Megaupload*, à travers laquelle le gouvernement a déjà démontré que ces voies lui sont ouvertes. Cependant, les ayants droits pourraient eux-mêmes enjoindre par notification à ces mêmes opérateurs de cesser leurs rapports avec un site litigieux. Enfin le streaming de contenus non protégés deviendrait un crime (*a felony*).

Ces projets démontrent qu'à l'échelle mondiale, une démarche de filtrage privatisé du web se met en place, portant potentiellement atteinte à la liberté d'expression, à la vie privée, à la protection des données à caractère personnel, à la liberté du commerce et de l'industrie, au droit à l'information... et ce, d'une manière disproportionnée par rapport à la nécessaire protection de droits de propriété intellectuelle sur internet. Ce n'est pas parce qu'internet est un outil de masses, *a fortiori* de délits de masses, qu'est légitimée une législation éloignant l'institution judiciaire de sa mission première, la sauvegarde des libertés individuelles (tel qu'en dispose l'article 66 de notre constitution).

II- La responsabilisation du streaming illégal en France.

La tentative actuelle de responsabilisation repose en partie sur la recherche d'une plus grande contrainte pesant sur les intermédiaires techniques **(A)**. La situation de l'internaute simple spectateur est complexe et il n'est que peu envisageable de le sanctionner **(B)**. Enfin la situation du diffuseur de contenu ne fait pas un pli **(C)**, coupable!

A- Les perspectives quant aux intermédiaires techniques.

La responsabilité des intermédiaires techniques est susceptible d'évoluer vers un renforcement, notamment celle de l'hébergeur mettant à disposition un contenu illicite sans accord des ayants droit. Les plateformes de streaming illicite prospèrent selon le modèle économique du web, par la publicité en ligne présente sur leur site.

Les « *labs* » de l'hadopi ayant pour but de réfléchir à l'encadrement du streaming ont par ailleurs désigné la plateforme de streaming comme le responsable naturel à poursuivre en cas de contrefaçon.

Le lucre généré par la publicité sur ces plateformes, n'est pourtant pas de nature à engager la responsabilité de l'hébergeur. Le régime allégé de l'hébergeur n'est invocable, selon l'apport de la jurisprudence de la CJUE[14], que si le prestataire a eu un rôle « *purement technique, automatique et passif* » ; de sorte qu'il n'ait « *pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* ».

Il a fallu en déduire *a contrario* que les avantages économiques retirés de la contrefaçon sur les sites d'hébergement n'étaient pas de nature à permettre la pleine responsabilité de l'hébergeur. Et la jurisprudence de s'incliner puisqu'il en est ainsi de la publicité générée par ces sites[15]. En réaction, un rapport d'information du Sénat en date du 9 février 2011 proposait la création d'un statut intermédiaire entre celui d'éditeur et d'hébergeur, celui d'éditeur de service, sur lequel pèserait une obligation de surveillance des contenus[16] de nature à entraver l'activité économique du site. Ce rapport, bien que mal accueilli (en contradiction avec l'orientation européenne et la LCEN), voulait introduire un moyen de responsabiliser les plateformes d'hébergement ayant une activité illicite et lucrative et défendre plus âprement la propriété intellectuelle.

a) L'hébergeur peut-il être soumis à un filtrage ciblé ?

L'arrêt « *Sabam* », rendu par la CJUE[17] le 24 novembre 2011, a été perçu comme une entrave à un volet « *hadopi 3* » reposant sur un filtrage par les FAI. La Cour a considéré que le droit de l'UE s'oppose à ce qu'une juridiction puisse enjoindre à un fournisseur d'accès à internet des mesures de filtrage globales sur l'ensemble du réseau afin de prévenir le téléchargement illégal de fichier, raisonnement transposable au streaming. Cependant rien n'empêche un Etat membre de mettre en œuvre un système de filtrage spécifique au streaming, rien n'empêche aussi à des sociétés « *mercenaires* » des ayants droits d'intervenir dans ce type de filtrage, comme pour le peer to peer. C'est ce que dénoncent de nombreux journalistes, rangés contre le vote d'ACTA [18] par le parlement européen, dont Jérémie Zimmermann, porte parole de l'initiative citoyenne « *La quadrature du net* ». ACTA est un accord anti-contrefaçon négocié en « *secret* » depuis 2007 qui pourrait permettre à des entreprises privées d'avoir une influence sur les FAI afin de faire valoir leurs droits, par une forme de coopération[19].

La CJUE par le récent arrêt « *Sabam* » jugeait que les FAI ne sont nullement tenus à une obligation générale de surveillance des contenus illicites sur internet. La doctrine rappelle que cette décision doit être comprise comme permettant que repose sur les prestataires de services intermédiaires que sont les FAI et les hébergeurs, des mesures de filtrage ciblées, dans leur objet, leur étendue et leur portée[20]. Le 45^{ème} considérant de la directive commerce électronique du 8 juin 2000 permet à une autorité judiciaire ou administrative d'imposer à ces prestataires « *des actions en cessations de différents type* » y compris des mesures de filtrage ciblées afin « *qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation* ». L'arrêt « *Sabam* », loin d'être un requiem pour l'hadopi 3, démontre qu'un dispositif législatif pourrait permettre d'imposer par la voix des autorités judiciaires, des mesures de filtrage ciblées sous réserve de respecter le principe de proportionnalité et de juste équilibre entre la protection des droit de propriété intellectuelle, la liberté d'entreprendre des prestataires et la liberté d'information des internautes[21].

b) A quels efforts peut-on soumettre l'hébergeur quant à la surveillance des contenus illicites ?

Cet effort se traduit quant à la réapparition des contenus illicites qui lui sont notifiés. S'agissant des sites communautaires (De type Dailymotion et Youtube...), Il leur appartient de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin d'éviter une nouvelle diffusion du même contenu, sans qu'une nouvelle notification soit nécessaire pour mettre en jeu leur responsabilité [22].

Cependant, la jurisprudence précise que cette mise en œuvre suppose que l'ayant droit fournisse l'œuvre originale afin que l'hébergeur puisse l'identifier par des empreintes digitales[23]. Si l'hébergeur met en place un système d'identification des œuvres illicites et propose un contrat d'identification des œuvres à l'ayant droit, celui-ci est ainsi obligé de conclure avec lui un contrat d'identification des œuvres s'il veut pouvoir engager sa responsabilité[24].

Le juge français, dans le cadre d'une affaire de réapparition sur Dailymotion d'un contenu qui lui avait été notifié comme illicite, à considéré que celle-ci « rendait impossible toute identification de ce contenu par Dailymotion, en l'absence de concordance entre les empreintes générées par le clip original et le nouveau contenu, sauf à exiger de l'hébergeur un contrôle a priori de l'ensemble des contenus au moment de leur mise en ligne, ce qui s'avère impossible, compte tenu du volume de contenus stockés et serait contraire aux dispositions de l'article 6-I-7 de la LCEN[25] ».

Comprenons qu'une obligation de surveillance des contenus illicites pèse sur les hébergeurs que sont les sites communautaires, dès lors qu'ils lui sont notifiés, parce qu'ils doivent mettre en place une possible identification des contenus à charge pour l'ayant droit de permettre leur identification par empreintes digitales. Dans cette hypothèse, l'hébergeur est tenu de mettre en place des procédés d'identification et est tenu à une obligation de surveillance de moyens (le contenu peut réapparaître sous la forme d'une autre empreinte sans engager sa responsabilité).

Cette obligation de surveillance pèse autant sur les sites communautaires que sur tout les sites qui possèdent les moyens de tracer le contenu illicite. La Cour d'appel de Paris a ainsi fait peser sur Google et son service *Google Video*, cette obligation de moyens[26] en jugeant que le simple fait de ne pas accomplir toutes les diligences nécessaires pour empêcher la remise en ligne d'un contenu manifestement illicite précédemment notifié suffit à engager la responsabilité de l'hébergeur, tout en appréciant l'accomplissement des diligences par rapport aux moyens dont dispose l'hébergeurs.

La contrainte liée à la surveillance ne doit pas reposer excessivement sur l'ayant droit : « - *la mise en œuvre du système d'identification des œuvres par empreintes et de filtrage doit être réalisée sans coût ni contrainte excessive pour le titulaire du contenu*[27] ».

Dans le même temps, le juge européen rappelle que le respect du droit de propriété intellectuelle ne doit pas porter atteinte à la liberté d'entreprise et imposer le recours à un système informatique complexe, coûteux permanent et aux seuls frais du prestataire technique de service, ce qui vaut pour l'hébergeur[28].

Le régime de surveillance des contenus illicites est donc bel et bien conditionné par les moyens techniques et financiers dont disposent les hébergeurs, ce pourquoi les sites communautaires et les moteurs de recherche peuvent se le voir imposer de manière plus contraignante.

Les sites de streaming, tels que *Megaupload*, peuvent-ils se faire imposer une obligation de surveillance des contenus qui lui sont notifiés ?

L'affaire *Megaupload* laisse penser que si la plupart des plateformes de streaming sont rentables, et possèdent les moyens techniques d'identifier les œuvres illicites, une notification de contenu illicite devrait donc avoir pour effet d'obliger l'hébergeur à une surveillance et un retrait immédiat. Obligation pourtant très limitée ; ne suffit-il pas à un quelconque *uploader* de modifier le fichier d'origine, et a fortiori son empreinte pour que le contenu réapparaisse ? Ce procédé peut tout aussi bien être l'œuvre de l'hébergeur de mauvaise foi. Les obligations pesant sur l'hébergeur n'ont donc augmentées que de façon très limitée.

B - La situation de l'internaute simple spectateur.

Le simple spectateur pourrait porter atteinte au **droit de reproduction** de l'auteur en ce que la mémoire tampon de l'ordinateur de l'utilisateur stocke les paquets de données nécessaires à la visualisation du contenu (ce pourquoi il n'est pas nécessaire d'envoyer une nouvelle demande au serveur pour revoir un contenu qui vient d'être consulté en streaming).

Certains estiment que l'utilisateur bénéficie de l'**exception de reproductions provisoires**, exception au droit de reproduction consacrée par le droit communautaire et la directive *société de l'information* de 2001[29]. Le droit Français[30] reprend cette exception dans le cadre de l'utilisation licite d'une œuvre, et en l'absence de jurisprudence il y a lieu de se tourner vers l'interprétation de la directive, comme le juge national le ferait.

S'agissant de la directive, le débat se cristallise sur la portée d'un **arrêt rendu par la CJUE[31] le 4 octobre 2011**, rendu à propos de licences d'exclusivité territoriales en matière de radiodiffusion de matchs de football. La Cour estime en premier lieu qu'il appartient au juge national de déterminer si les paquets de données stockés par la mémoire vive de l'ordinateur récepteur constitue une reproduction suffisamment marquée par la personnalité de l'auteur, question non tranchée en jurisprudence.

la Cour passe ensuite en revue toutes les conditions relatives à la mise en œuvre de cette exception[32] (l'acte de reproduction doit avoir un caractère provisoire ; être transitoire ou accessoire ; constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ; avoir pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé ; l'acte de reproduction ne doit pas avoir de signification économique indépendante), pour conclure qu'en l'espèce, les actes de reproduction effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire avant leur représentation sur un écran de télévision remplissent ces conditions et peuvent par conséquent être effectués sans autorisation des ayants droit.

Comment les juges ont-ils **appréciés la licéité de l'utilisation de l'œuvre** ? Le 33^{ème} considérant de la directive société de l'information énonce qu' « *une utilisation est réputée licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire de droit ou n'est pas limitée par la loi*

». La Cour a considéré en l'espèce que l'utilisation de l'œuvre était licite parce que même si l'ayant droit n'a pas donné son autorisation, la « *simple réception de ces émissions en tant que telle, à savoir leur captation et leur visualisation, dans un cercle privé* » n'est prohibée par aucune réglementation. Pour la Cour, le spectateur bénéficie donc de **l'exception de représentation privée et gratuite dans le cadre du cercle de famille** prévue par la directive société de l'information et transposée en droit français à l'article L 122-5,1° du Code de la propriété intellectuelle[33].

Les experts en propriété intellectuelle qui pilotent les « *labs* » HADOPI font valoir[34] qu'à ce stade, rien ne présage une transposition au streaming, d'une part parce qu'en l'espèce les ayants droits étaient rémunérés (ce qui n'est pas le cas pour le *streaming*) et parce que les exceptions au droit d'auteur telles que l'exception de représentation privée dans le cercle de famille sont d'interprétation stricte et ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur, selon le **triple test** (prévu par la directive de 2001 et le Code de la propriété intellectuelle en son article L 122-5).

S'agissant de la licéité de la source, elle conditionnerait le jeu des exceptions au droit d'auteur. D'aucuns estiment, à juste titre, que la loi ne devrait pas intervenir pour spécifier que la source doit être licite, puisque la jurisprudence[35] retient déjà cette condition. Le serpent se mord la queue car pour certains participants des « *labs* » HADOPI, la source devant être licite, le jeu des exceptions n'est pas alors possible (d'autres arguent que la maxime « *fraus omnia corrumpit* » suffit) et le spectateur qui regarde un contenu streamé est dans l'illégalité. Ce raisonnement pêche, dès lors que le spectateur n'est pas présumé savoir que le contenu qu'il regarde est illicite d'une part, ensuite parce que la CJUE évince le fait de savoir si la source est licite, se plaçant sur le terrain de l'utilisation de l'œuvre.

Certains auteurs invoquaient depuis longtemps que l'internaute qui regarde un contenu illicite en streaming porte atteinte au droit de mise à disposition de l'auteur comme le site intermédiaire technique lui-même, ce qui rendrait possible l'application de la loi HADOPI et son dispositif actuel au streaming en ligne pour réprimer les utilisateurs[36].L'article L 336-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet une obligation de vigilance pesant sur la personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne, qui doit veiller notamment à ce que cet accès ne fasse pas l'objet de « *mise à disposition d'œuvres protégées* ».Or la mise à disposition telle qu'interprétée à la lumière du droit européen[37] comprend jusqu'à la simple transmission sur le terminal de l'utilisateur. La loi HADOPI ne nécessiterait alors qu'un léger ajustement, au soutien du droit communautaire, pour pouvoir s'attaquer au problème du streaming.

En tout état de cause, **l'HADOPI semble ne plus envisager de sanctionner le simple spectateur**, selon la réflexion amorcée par les « *labs* » **Les participants sont, très majoritairement, convenus que la répression du piratage ne doit pas être axée sur la sanction de l'internaute**, pour les raisons juridiques susmentionnées et les nombreuses incertitudes juridiques qui entourent le streaming, autant que pour des problèmes techniques. En effet, le problème que rencontre une éventuelle répression pénale est celui de la preuve de l'acte matériel et de l'intention du spectateur, preuve quasi impossible...en outre, la sanction n'est pas socialement acceptable en raison du régime de responsabilité allégée de l'hébergeur, de même qu'il suffit de lui demander directement le retrait du contenu litigieux sous peine d'engager ensuite sa responsabilité.

L'action se dirige fatalement vers la personne qui met à disposition les œuvres disponibles en streaming sur internet.

C- Le diffuseur de contenu.

La situation du diffuseur de contenu est limpide, il effectue nécessairement un acte de **reproduction** de l'œuvre sur le site de l'hébergeur, celui-ci est un **contrefacteur** qui a mis à disposition du public une œuvre protégée sans autorisation de l'auteur. Il encourt la sanction pénale prévue par l'article L 335-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Rappel : L'article L 335-4 du Code de la propriété intellectuelle assimile la contrefaçon à un acte de mise à disposition du public d'œuvres reproduites et contrefaisantes et dispose qu' « *est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle* ».

[1] Il s'agit de deux projets de loi anti-piratage, SOPA pour *Stop online Piracy Act* et PIPA pour *Protect Intellectual Property Act*, présentés plus tard dans ces lignes.

[2] Accord commercial anti-contrefaçon, traité international multilatéral, créant un nouveau cadre juridique international pour la propriété intellectuelle et une nouvelle institution internationale régulatrice.

[3] [3] Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

[4] « Google Adwords », CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08

[5] Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

[6] <http://www.scribd.com/doc/78786408/Mega-Indictment>

[7] Conspiration en vue de commettre des actions de racket ; conspiration en vue de commettre des atteintes à la propriété intellectuelle ; conspiration en vue de commettre du blanchiment d'argent ; l'infraction spécifique de diffusion de contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle sur un réseau informatique et la complicité de tels actes ; l'infraction spécifique d'atteintes à la propriété intellectuelle par des moyens électroniques et la complicité de tels actes.

[8] <http://www.zdnet.fr/actualites/megaupload-des-documents-industriels-sensibles-figureraient-parmi-les-donnees-bloquees-39768388.htm>

[9] <https://www.eff.org/press/releases/megauploads-innocent-users-deserve-their-data-back>

[10] Me E.BAILLY et Me E.DAOUD, *FBI vs Megaupload + Anonymous : règlements de comptes à OK Corral !* <http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/50846/fbi-vs-megaupload---anonymous---reglements-de-comptes-a-ok-corrals.html>

[11] Association française pour le nommage internet en coopération

[12] <http://www.liberation.fr/medias/01012384644-megaupload-les-anonymous-contre-attaquent>

[13] Il s'agit de deux projets de loi anti-piratage, SOPA pour Stop online Piracy Act et PIPA pour Protect Intellectual Property Act, présentés plus tard dans ces lignes.

[14] « Google Adwords », CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08

[15] Cour de cassation, Première Chambre Civile, 17 février 2011, n° 09-67896.

[16] <http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>

[17] CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scralet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam)*.

[18] *Accord commercial anti-contrefaçon*, traité international multilatéral, créant un nouveau cadre juridique international pour la propriété intellectuelle et une nouvelle institution internationale régulatrice.

[19] Un article récent du 30 janvier 2012 paru dans « l'humanité » se veut l'écho des dangers potentiels de l'accord-<http://www.humanite.fr/social-eco/l'accord-anti-contrefaçon-acta-dans-le-texte-488911>

[20] Emmanuel Derieux « *Filtrage par les FAI, opposition aux obligations générales de filtrage imposées aux fournisseurs d'accès à internet* », RLDI janvier 2012, p.61.

[21] Selon la Cour, la directive 2004/48/CE exige que les mesures ne soient pas inutilement complexes et coûteuses, et respecte la protection des données à caractère personnel, la liberté d'entreprise, et la liberté d'information protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

[22] Tribunal de grande instance de Paris, 3e ch., 2e sect., 19 octobre 2007, *Zadig Productions/Google inc.*, n° 06/11874

[23] Tribunal de grande instance de Paris, 3e ch., 1e sect., 22 septembre 2009, *Omar et Fred/Youtube*, n° 09/06246

[24] Tribunal de grande instance de Paris, 3ème chambre 4ème section, 28 avril 2011, N° RG :

09/08485

[25] Tribunal de grande instance de paris 3 juin 2011, 3^{ème} chambre 3^{ème} section, [n° 09/08902](#)

[26] CA Paris Pôle 5, 2e ch., 14 janvier 2011 [n° 09-11729](#), [n° 09-11779](#), CA Paris 4-2-2011 [n° 09-21941](#) .

[27] [27] Tribunal de grande instance de paris, 3^{ème} chambre 4^{ème} section, 28 avril 2011, N° RG : 09/08485

[28] Ce qui est rappelé par l'arrêt « *Sabam* » [28] [CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scralet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (Sabam)], qui vise la directive 2004/41/CE relative à la protection des droits de propriété intellectuelle.

[29] Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

[30] Selon l'article L 122-5, 6° du Code de la propriété intellectuelle.

[31] Cour de justice de l'Union Européene.

[32] Selon l'article 5.1 de la directive du 22 mai 2001 préc.

[33] Selon l'article L.122-5 1° du code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : - 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille [...]* ».

[34] http://labs.hadopi.fr/actualites/la-cjue-t-elle-vraiment-juge-que-l'internaute-qui-lirait-des-oeuvres-protégees-en#_ftn4

[35] Ass. Crim., 30 mai 2006, n° 05-83335

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640614>

[36] Asim Singh, *le streaming et la loi « création et internet »*, RLDI 2009.

[37] L'article 8 du traité OMPI de 1996 transposée par la directive de 2001 relative à l'harmonisation du droit d'auteur et transposée dans l'ordre juridique interne par la loi DADVSI en 2006. En outre, les 23^{ème} et 27^{ème} considérants de la directive nous dévoilent la raison d'être de cet article, « *La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit **couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte***

».