

Les enjeux juridiques du podcasting

Anne-Sophie JOUANNON

Master 2 Professionnel de Droit des Nouvelles Technologies de l'Information et de
la Communication dirigé par M^{me} Valérie-Laure BENABOU

Université de Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines

Mémoire réalisé sous la direction de M. Lionel THOUMYRE

Septembre 2008

Remerciements

Je tiens à remercier particulièrement MM. Lionel THOUMYRE et Guillaume GOMIS pour leur disponibilité et leurs précieux conseils.

Mes remerciements vont également aux interlocuteurs qui m'ont gentiment renseignée dans les sociétés de gestion collective et les entreprises de communication audiovisuelle, ainsi qu'à Bertrand Lenotre, créateur de Podemus.com.

Liste des abréviations

AIM	Association of Independent Music
AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
Al.	Alinéa
Art.	Article
ASCAP	American Society of Composers, Authors and Publishers
BMI	Broadcast Music, Inc.
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass.Civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Cass.Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCE	Communication Commerce Electronique
CE	Communauté européenne
CERDI	Centre d'Etudes et de Recherches sur le Développement International
Chron.	Chronique
Civ.	Civil
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
Concl.	Conclusions
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSA	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
CSPLA	Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique
D.	Dalloz (Recueil)
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (Société allemande pour le droit d'exécution et de reproduction mécanique de musique)
HFA	Harry Fox Agency
Ibid.	Au même endroit
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprises
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française

LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
MCPS-PRS	Mechanical-Copyright Protection Society – Performing Right Society
NMPA	National Music Publishers Association
Obs.	Observations
OMPI (ou WPPT)	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RLDI	Revue Lamy du Droit de l'Immatériel
RSS	Really simple syndication
s.	Et suivants
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SCPP	Société civile des producteurs phonographiques
SESAC	Society of European Stage Authors & Composers
SMA	Services de médias audiovisuels
SPPF	Société civile des producteurs de phonogrammes en France
T. Civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
URL	Uniform Resource Locator

Plan

Introduction

Chapitre 1 – De la qualification juridique à l’identification des titulaires de droits

Section 1 – Les indices menant à une qualification juridique

Sous-section 1 – Définitions du podcasting

Sous-section 2 – Qualification juridique du podcast : les déductions logiques

Section 2 – Les acteurs du podcasting

Sous-section 1 – Les titulaires de droits de propriété intellectuelle

Sous-section 2 – Les acteurs de la diffusion des podcasts

Chapitre 2 – La mise en œuvre des droits dans la pratique

Section 1 – Les droits attachés à l’exploitation des podcasts

Sous-section 1 – Podcasting et lecture en streaming

Sous-section 2 – Podcasting et téléchargement

Section 2 – La mise en place concrète des autorisations d’exploitation

Sous-section 1 – Les solutions contractuelles pour l’exploitation des podcasts par le public

Sous-section 2 – Les licences pour l’exploitation des éléments du podcast par ses créateurs

Conclusion

Sommaire

Bibliographie

Introduction

« Nous sommes esclaves des lois pour pouvoir être libres », affirmait Cicéron¹ au premier siècle avant Jésus-Christ. Mais lorsque la loi est muette, sommes-nous alors prisonniers ? En quelque sorte... Nous sommes prisonniers de l'interprétation, prisonniers de l'adaptation. Néanmoins, en matière de nouvelles technologies, il s'avère parfois nécessaire de créer, de continuer l'histoire du droit en continuant à l'écrire. Or dans le cadre du podcasting, ce nouveau mode de communication électronique permettant la diffusion de fichiers audio ou vidéo pouvant être lus et/ou téléchargés par l'internaute, sur un ordinateur ou un baladeur MP3, à n'importe quel moment, aucune directive communautaire, aucune loi française, aucune jurisprudence ne sont venues nous éclairer expressément sur le sujet. Les étaiements de la doctrine dans le domaine font également défaut.

Pourtant, le podcasting est une technologie en vogue. Inventée en 2002, elle rencontre d'abord le succès aux États-Unis, où un premier congrès du podcasting américain est organisé en novembre 2005. En France, le podcasting fait son apparition au début de l'année 2005². En juin 2005, le « iTunes music Store » crée une rubrique « Podcast », faisant largement connaître le concept. Le podcasting connaît alors un engouement aussi rapide que durable. En janvier 2006, Bertrand Lenotre, persuadé qu'il s'agit là d'une « révolution technologique »³, crée Podemus.com, la première plate-forme française d'hébergement et de diffusion de podcasts ; les médias de masse, à commencer par RTL, n'imaginent plus leur activité sans podcasts, puis les amateurs s'y convertissent aussi. Le phénomène touche une grande part de la population, si bien que même la Reine d'Angleterre Élisabeth II, le 25 décembre 2006, a diffusé pour la première fois son message de Noël au Commonwealth britannique via un podcast. En juillet 2007, l'industrie du podcast aux États-Unis s'est organisée en association, l'Association for Downloadable Media (ADM ou Association pour les médias à télécharger), afin de « créer un environnement qui facilite la commercialisation de cette audience en croissance continue » par la publicité⁴. En France, la question du développement du podcasting est toujours autant d'actualité, avec notamment le rapport remis à Madame Pécresse, actuelle ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche, sur l'université numérique⁵, qui met en lumière les universités diffusant leurs cours sous forme de podcasts, et propose de développer davantage l'utilisation du podcast. Enfin, un

¹ CICERON, *Des lois*, II, 13.

² Pour un historique détaillée, voir E. Barat, Podcast, aux origines du concept, sur le site fluctuat.net : <http://www.fluctuat.net/3539-Podcast-aux-origines-du-concept>.

³ Propos recueillis par téléphone le 26 août 2008.

⁴ Propos rapportés dans l'article d'E. DUMOUT, dans États-Unis : création d'une association pour développer la pub sur les podcasts, 18 juillet 2007, sur le site ZDNet.fr : <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39371438,00.htm>.

⁵ L'Université numérique, rapport remis à Valérie Pécresse, ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (rapporteur : H. ISAAC), disponible sur le site du ministère : http://media.education.gouv.fr/file/2008/08/3/universitenumerique_22083.pdf.

petit détail pour un grand symbole de popularisation : le terme « podcast » a fait son apparition dès août 2005 dans le dictionnaire britannique Oxford English Dictionary, en 2006 dans le dictionnaire américain New Oxford American Dictionary of English, et il entrera dans l'édition 2009 de notre Petit Robert.

Au vu de l'importance de ce phénomène, il s'avère donc indispensable de s'intéresser en parallèle à la technique et au droit actuel pour percer les mystères du podcasting. En effet, ce concept de web 2.0 soulève nombre de questions juridiques, dues à son caractère innovant d'une part, mais aussi aux multiples possibilités d'exploitation d'un podcast. Concernant le caractère innovant, il est à noter en particulier qu'un service de podcasting se différencie d'une webradio, qui est un « service de radio diffusé en streaming sur le web »⁶. Au contraire, le podcast peut être écouté ou vu au moment choisi par l'internaute, et non pas au moment de sa diffusion exclusivement. Concernant l'exploitation d'un podcast, l'utilisateur peut le lire en streaming sur Internet, le télécharger sur son ordinateur, le transférer sur son baladeur MP3, ou s'abonner à un flux Really Simple Syndication (RSS), grâce auquel le podcast ainsi choisi par l'internaute sera automatiquement téléchargé sur son ordinateur ou son baladeur, sans qu'il soit nécessaire de se rendre sur le site. Par toutes ces facettes, le podcast, terme désignant le fichier, et le podcasting, désignant la technique, le mode de diffusion, posent des questions inédites. Certaines notions, comme celle de fourniture de contenus « à la demande », nécessitent d'être analysées sous un angle spécifique, d'autres, comme celle d'« exception pour copie privée » doivent être envisagées avec une finalité nouvelle. En outre, les enjeux juridiques du podcasting, dans le flou juridique entourant cette technologie, touchent toutes les strates du droit de la propriété intellectuelle, de la création du podcast à son écoute ou son visionnage par l'internaute en passant par sa diffusion.

C'est pourquoi nous orienterons notre voyage dans l'ère du podcasting en nous interrogeant sur ce qu'est le podcasting et sur son imbrication dans le droit.

Ainsi, nous nous attacherons à qualifier juridiquement le podcasting, ce qui nous permettra d'identifier les titulaires de droits (chapitre 1), puis à analyser la mise en œuvre des droits attachés au podcasting dans la pratique (chapitre 2).

⁶ Lexique juridique de l'informatique et des médias, in Droit des médias et de la communication, Tome 1, sous la responsabilité de C. Gavalda et P. Sirinelli, Lamy, novembre 2005, 61 pages, plus particulièrement p.60.

Chapitre 1 – De la qualification juridique à l’identification des titulaires de droits

Pour s’intéresser aux titulaires de droits dans le Podcasting (section 2), il est d’abord indispensable de qualifier juridiquement cette nouvelle technologie (section 1).

Section 1 – Les indices menant à une qualification juridique

Parmi les indices dont nous disposons, nous devons nous intéresser dans un premier temps aux définitions (sous-section 1) pour pouvoir en tirer des déductions logiques (sous-section 2).

Sous-section 1 – Définitions du podcasting

Plusieurs définitions sont à prendre en considération : des définitions d’un point de vue sémantique et technique pour comprendre cette nouvelle technologie (A), et une définition juridique afin d’atteindre le cœur du problème (B).

A. Définitions sémantique et technique

a. Définition sémantique

1. Du français au droit

Le terme « podcasting » a d’abord fait son apparition dans la langue anglaise, par contraction de « iPod », désignant le célèbre baladeur de la marque Apple, et « broadcasting », que nous traduisons en français par « diffusion ». Le podcasting désigne donc la diffusion via le baladeur d’Apple.

Le lexique juridique de l’informatique et des médias des éditions Lamy⁷ définit le terme « podcasting » comme étant la « diffusion de fichiers audio au moyen d’un fil RSS. Les internautes peuvent recevoir de façon automatique les fichiers et les transférer sur leur baladeur numérique ». Cette définition concerne donc les contenus, uniquement sonores, que l’internaute peut recevoir automatiquement par un fil RSS auquel il est abonné, et qu’il peut transférer sur son baladeur au format MP3.

Afin de franciser le nom « podcasting », la Commission générale de terminologie et de néologie a adopté une « recommandation sur les équivalents français du mot podcasting », le 15 décembre 2006⁸, selon laquelle « la Commission générale rappelle qu’elle a

⁷ Lexique juridique de l’informatique et des médias, dans Lamy Droit des médias et de la communication, novembre 2005, p.46.

⁸ Recommandation sur les équivalents français du mot podcasting, Journal officiel de la République française n°290 du 15 décembre 2006, page 18979, texte n° 118, <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000275373&dateTexte>>.

recommandé comme équivalent français à podcasting le terme diffusion pour baladeur (...). » Et pour éviter toute confusion due au terme « to broadcast » qui signifie « diffuser », la Commission ajoute que « dès qu'il s'agit de l'opération de transfert de fichier ou de programme sur un support numérique (...), en particulier un baladeur, la Commission générale recommande de s'en tenir aux termes en usage : télécharger, téléchargement, téléchargeable... seuls corrects et suffisamment explicites. »

Toutefois, pour plus de simplicité et d'homogénéité avec la littérature sur le sujet, nous nous en tiendrons au cours de ces quelques pages à l'appellation anglophone, passée dans le langage courant en France.

Compte-tenu de la rapide expansion du podcasting, la Commission générale de terminologie et de néologie en a affiné la définition.

2. Implications terminologiques : deux notions en une

En effet, selon la « recommandation sur les équivalents français du mot podcasting »⁹, afin de rendre compte « des possibilités d'utilisation de plus en plus étendues qu'offrent les baladeurs numériques », la Commission a précisé que « le néologisme anglo-américain podcast désigne non seulement des émissions et des programmes audio, mais aussi des fichiers et des produits informatiques incluant images et films, susceptibles d'être diffusés (to podcast) au moyen de cette technologie multimédia (podcasting), qui permet une écoute en différé. » Le podcasting, initialement défini comme une technique permettant d'écouter au moment souhaité un contenu audio, prend une ampleur considérable avec cette recommandation : désormais, les contenus à la fois audio et vidéo, c'est-à-dire les contenus audiovisuels, peuvent aussi constituer des podcasts. Les implications juridiques n'en sont à présent que plus nombreuses et plus intéressantes.

Toutefois, pour assimiler tous les tenants et les aboutissants juridiques liés au podcasting, il est nécessaire de s'attarder sur une définition technique de cette nouvelle technologie.

b. Définition technique

1. Le fonctionnement du podcasting

Le podcasting est un mode de diffusion dans lequel l'internaute va chercher lui-même les fichiers : l'internaute envoie une demande au serveur, et le serveur lui répond, en lui fournissant le podcast, soit pour lecture, soit pour téléchargement.

A l'origine, la personne qui veut proposer un podcast doit convertir ses données au format .mp3, puis les stocker sur un serveur pour pouvoir faire pointer un flux RSS dessus. Un

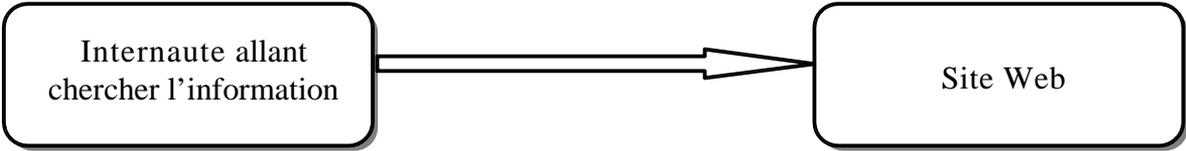
⁹ Voir note 3.

lecteur de flux RSS envoie alors le podcast aux moteurs de recherches, que les internautes iront consulter pour ensuite prendre connaissance du podcast, et à des agrégateurs de contenus, lesquels servent à recevoir des podcasts, à les lire, à les télécharger, à cumuler des abonnements. Intervient ensuite l'internaute : lorsqu'il est attiré par un podcast intéressant, trois choix s'offrent à lui : ou bien il le lit en streaming, donc sans le télécharger, ou bien il peut le télécharger sans aucune application, cette solution n'étant pas possible sur tous les sites, ou encore il peut le télécharger grâce à une application – telle Juice, iTunes, Netvibes... – puis le transférer sur son baladeur pour l'écouter tout en étant mobile.

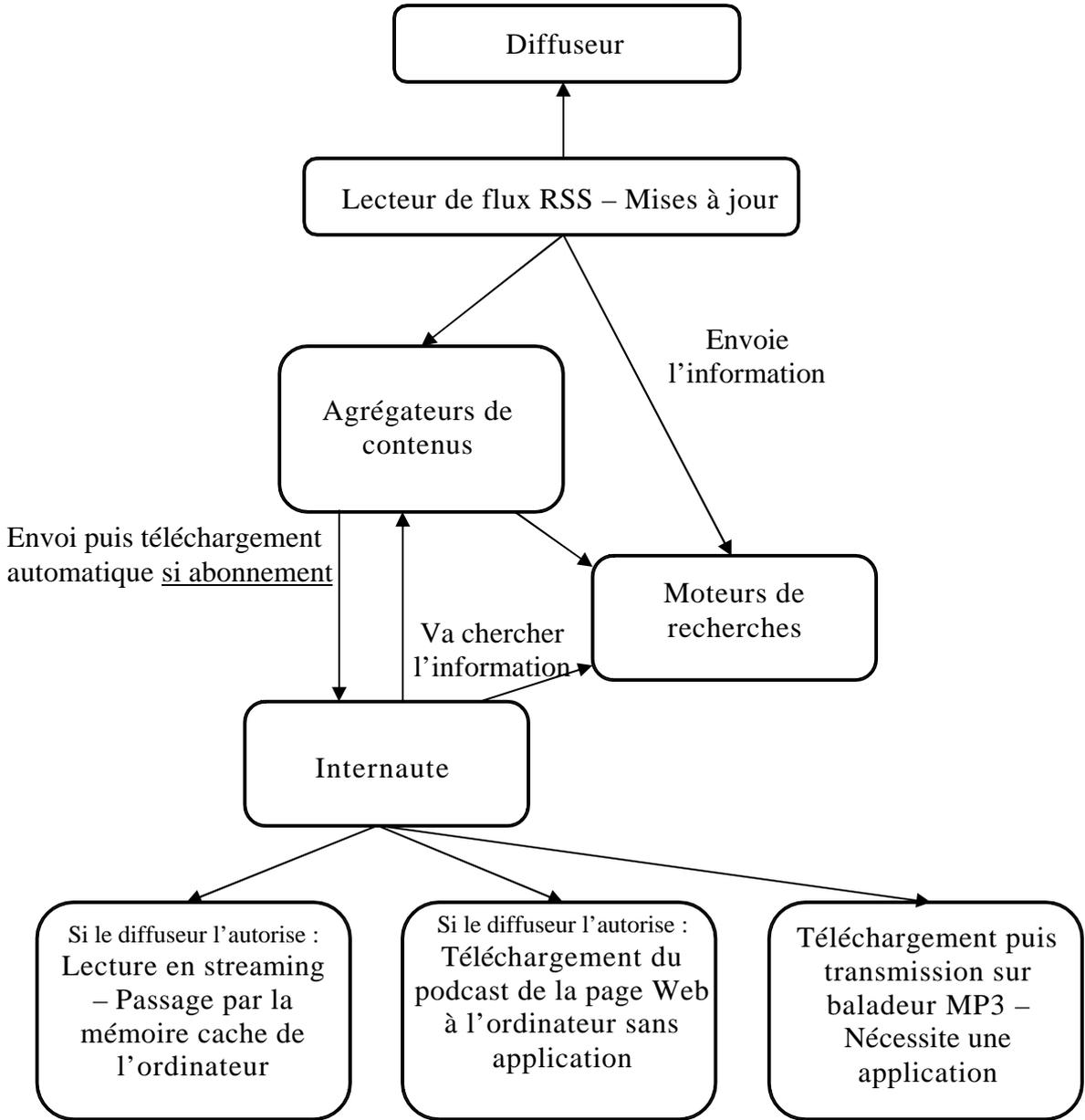
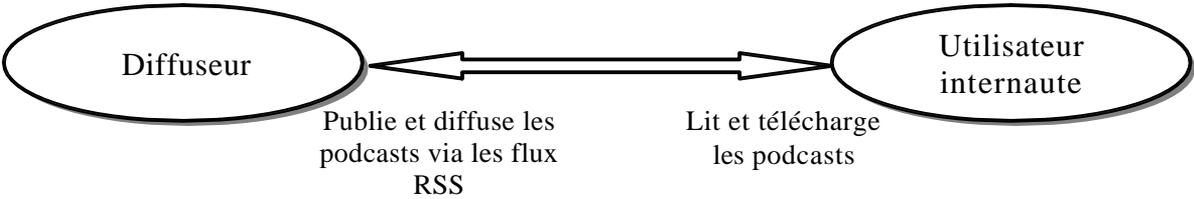
L'internaute peut également choisir de s'abonner aux podcasts qui l'intéressent : dans ce cas, il recevra automatiquement dans son agrégateur local (l'application vue ci-dessus) chaque mise à jour de ses programmes. L'internaute pourra alors les écouter sur son ordinateur, ou sur son baladeur.

Voici un schéma simplifié de ce processus complexe :

Sans flux RSS



Avec flux RSS - Podcasting



2. La complexité technique du podcasting

La complexité du podcasting vient de l'entrelacs des différents modes de diffusion et des divers types d'exploitation possibles pour un même fichier.

En effet, sous un même terme, différentes techniques coexistent : au niveau de la diffusion tout d'abord, soit l'internaute envoie une demande individuelle, soit il reçoit automatiquement les fichiers. Pour en déduire une qualification juridique, il va pourtant falloir globaliser le mécanisme. Au niveau de l'exploitation du podcast ensuite : que l'internaute lise le podcast en streaming, ou qu'il le télécharge sur son ordinateur ou son baladeur n'engendre pas les mêmes conséquences, alors que ces possibilités entrent toutes dans le champ du podcasting.

En outre, sur le plan du contenu, il faut composer avec des contenus ne renfermant que du son, et des contenus constitués de sons et d'images ou de films, ce qui peut poser des difficultés de qualification juridique du podcasting.

Le podcasting est donc une nouvelle technologie complexe à bien des égards. C'est pour ces raisons d'ordre d'abord technique qu'il convient de procéder par étapes, à commencer par une définition juridique de la technique en elle-même, en tant que nouveau mode de diffusion de contenus.

B. Définition juridique

a. Un mode de diffusion point à point excluant la diffusion audiovisuelle

Deux modes de diffusion coexistent : la communication point à multipoint et descendante de l'audiovisuel, et la communication point à point et réciproque de l'Internet.

La définition correspondant à la communication point à multipoint et descendante est ancrée dans l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986¹⁰, qui dispose qu'« est considéré comme service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons. » De même, « est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons ». L'élément primordial dans ces définitions est le terme « simultanément ». Pour qu'une communication point à multipoint soit établie, il faut que le fournisseur de contenu fournisse ledit contenu au public à un moment donné, de façon simultanée. Mais un autre terme ne peut être passé sous silence : « l'ensemble du public ». En effet, la

¹⁰ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

communication point à multipoint implique une multitude de personnes, recevant toutes le même service en même temps. Si ces conditions sont réunies, nous sommes en présence d'un service de télévision ou de radiodiffusion, c'est-à-dire un service de communication audiovisuelle.

La question est maintenant de savoir si le podcasting peut être considéré comme un mode de communication audiovisuelle. Si tel est le cas, le régime de la communication audiovisuelle s'appliquera. Mais au vu du fonctionnement du podcasting, la question ne peut rester longtemps en suspens. En effet, l'utilisateur d'un service de podcasting envoie une demande individuelle, et peut lire ou télécharger le podcast quand il veut, où il veut. Il ne s'agit donc pas d'un service dans lequel chaque utilisateur reçoit le contenu en même temps que son voisin. Pour cette raison, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, dans sa recommandation du 7 novembre 2006 « à l'ensemble des services de télévision et de radio en vue de l'élection présidentielle »¹¹ a exclu le podcasting de son champ de compétence.

Or, si le podcasting ne peut être considéré comme un mode de communication audiovisuelle, il faut se tourner vers l'autre possibilité : la communication point à point et réciproque, qui se fait entre deux hôtes uniquement, et auquel est applicable le régime juridique de la communication au public en ligne, définie par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), du 21 juin 2004¹². Cette communication point à point, puisqu'elle ne se fait qu'entre deux hôtes, se fait au moment choisi par l'utilisateur, qui adresse sa demande au serveur, qui lui renvoie la réponse. Ce mode de diffusion correspond donc tout à fait à la technique du podcasting. Mais il reste à déterminer plus exactement le régime, de façon à savoir si le podcasting peut être qualifié de « service à la demande » ou pas.

b. Exclusion de la qualification de service « à la demande »

Au premier abord, puisque c'est l'utilisateur qui fait la demande pour pouvoir lire ou s'abonner aux podcasts qui l'intéressent, il semble évident que le podcasting est un service à la demande.

Mais il est nécessaire de s'attarder quelque peu sur cette notion de « service à la demande ». En effet, la LCEN, dans son article 1-IV, dispose que l'« on entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur. » Ce que nous appelons communément le service « à la demande » s'apparente donc en réalité à un « service de communication au public en

¹¹ Recommandation disponible sur le site du CSA : http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=120409.

¹² Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

ligne ». Mais cette notion de « demande individuelle » n'est pas intangible en matière de podcasting : en effet, l'utilisateur qui lit un podcast en streaming ou télécharge un podcast suite à sa visite sur un site fait bien une demande individuelle, suite à laquelle il prend connaissance du contenu. Mais une difficulté apparaît lorsque l'utilisateur s'abonne à un service de podcast.

En effet, l'abonnement fait partie intégrante du phénomène : l'utilisateur recopie l'URL du service de podcasting qui l'intéresse dans son agrégateur local, puis il recevra automatiquement les podcasts auxquels il s'est abonné dès que ceux-ci seront mis en ligne. Dans une telle situation, le podcasting peut-il toujours être considéré comme un service « à la demande » ?

Il semble que la réponse ne puisse être positive : même si chacun lit son podcast quand il le souhaite, à partir du moment où un abonnement existe et où le téléchargement sur l'ordinateur ou le baladeur de l'utilisateur se fait automatiquement, il ne s'agit plus de demande individuelle. « Demande individuelle » et « envoi automatique » sont antinomiques.

C'est pourquoi le podcasting répond davantage à la définition de la communication au public par voie électronique, posée par l'article 1^{er} de la LCEN : en vertu de cet article, « on entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ». Cette définition, plus large que la définition de la communication au public en ligne, peut donc intégrer le podcasting, mode de diffusion qui ne peut donc être qualifié de service « à la demande ».

Toutefois, Anne-Catherine Lorrain, en 2006¹³, a proposé une autre voie : selon elle, « un service de podcasting pourrait (...) être qualifié de service de « diffusion récurrente de contenu par abonnement ». » Mais si le podcasting peut entrer dans une catégorie existante, il ne nous semble pas nécessaire de légiférer pour créer une nouvelle qualification.

De la définition du podcasting, mode de diffusion, découle le régime juridique du podcast, contenu. En tant que nouvelle technologie de communication, il convient tout d'abord de considérer les qualifications envisageables, et si elles ne correspondent pas, d'envisager un régime juridique adapté au podcast.

¹³ A.-C. LORRAIN, Le podcasting : nouveau trublion technique chez les juristes, *Légipresse* n° 237, décembre 2006, *Chroniques et Opinions*, p.152.

Sous-section 2 – Qualification juridique du podcast : les déductions logiques

Si certaines définitions doivent être écartées (A), il n'en demeure pas moins qu'il faut aussi trouver la solution à ne pas écarter. Pour ce faire, il convient de distinguer entre le podcast vidéo et le podcast audio (B).

A. Qualifications juridiques exclues

a. L'exclusion indiscutable de la qualification d'œuvre multimédia

L'œuvre multimédia n'est pas définie dans le Code de la propriété intellectuelle, mais un arrêté du 2 mars 1994, relatif à la terminologie des télécommunications¹⁴ définit le multimédia comme étant une technique « qui associe plusieurs modes de représentation des informations, tels que texte, son, image ». L'essentiel de cette définition tenant dans l'association de plusieurs modes de représentation, certains podcasts, ceux qui allient au moins son et images, pourraient entrer dans cette définition. Mais celle-ci a évolué jusqu'à exclure les podcasts.

Ainsi, selon le rapport de la commission du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, dirigée par P. Sirimelli et J. Andrès, sur les aspects juridiques des œuvres multimédias¹⁵, « les œuvres multimédias ont en commun un certain nombre de traits : l'existence de contenus que l'on trouve dans une structure et auxquels on accède par le biais de logiciels qui offrent une certaine interactivité. » En effet, l'interactivité est au fil des années devenue essentielle pour qualifier une œuvre d'œuvre multimédia. Le rapport définit l'interactivité comme « la possibilité, offerte à l'utilisateur – prévue et conçue dès l'origine par le créateur – d'interférer sur le déroulement de l'œuvre, soit en affectant l'ordre des séquences successives, soit en déclenchant par une action un évènement parmi d'autres dans un environnement prédéterminé ». L'interactivité dont il est question ici dans l'œuvre multimédia est une interactivité intégrée en amont, dans le processus de création. Ensuite, l'utilisateur se promène dans l'œuvre de façon relativement aléatoire.

L'ouvrage de référence Droit de l'informatique et des réseaux¹⁶ a lui aussi admis qu'« aujourd'hui le terme de multimédia n'est utilisé que lorsqu'est offerte à l'utilisateur une véritable possibilité de « dialogue », d'« échange » avec l'œuvre, de « parcours » au sein de celle-ci, la possibilité d'agir sur et d'interagir avec l'œuvre ». Donc le critère essentiel

¹⁴ Arrêté du ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du commerce extérieur du 2 mars 1994, relatif à la terminologie des télécommunications JORF du 22 mars 1994, disponible sur [legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=15AA6FFC1BF7A34C78500AFD75335905.tpdjo05v_2?cidTexte=JORFTEXT000000182193&dateTexte=&oldAction=rechJO.

¹⁵ Aspects juridiques des œuvres multimédia, CSPLA, octobre 2003 (CERDI – Mme Judith ANDRES et M. Pierre SIRINELLI), <http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/aspoeetsjuridiquesdesoeuvresmultimedia.pdf>.

¹⁶ Droit de l'informatique et des réseaux, sous la responsabilité de M. Vivant, Lamy, 2007, 1998 pages, plus particulièrement n° 435 p.266.

pour qualifier une œuvre d'œuvre multimédia demeure l'interactivité, qui est « de l'essence du multimédia »¹⁷.

Or un utilisateur peut télécharger un podcast, peut écouter voire regarder un podcast, mais en aucun cas il ne peut interférer sur le déroulement de l'œuvre : le déroulement du podcast ne peut être modifié par une quelconque action de l'internaute. L'internaute peut seulement revenir en arrière, repartir en avant, mais ce n'est pas aléatoire, et il réécoute strictement le même contenu.

En outre, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 28 janvier 2003¹⁸, a précisé que l'œuvre multimédia était une œuvre composée d'images animées. Or lorsque le podcast contient des images, celles-ci ne sont pas nécessairement animées. Cette définition ne convient donc pas non plus pour qualifier le podcast d'œuvre multimédia.

Dès lors, la qualification d' « œuvre multimédia » ne peut être appliquée à un podcast. Examinons à présent la qualification de base de données.

b. Le podcast : un ensemble plus cohérent qu'une simple base de données

L'arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique¹⁹ précise qu'il faut entendre par base de données « un ensemble de données organisé en vue de son utilisation par des programmes correspondant à des applications distinctes et de manière à faciliter l'évolution indépendante des données ». Cette définition est à compléter par celle donnée à l'article L.112-3 du Code de la Propriété intellectuelle qui dispose que l' « on entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen. » Cette large définition fait donc état d' « un recueil d'œuvres » ou un « recueil de données ou d'autres éléments indépendants » : le terme « recueil » peut correspondre au podcast, qui peut en effet être une succession de données différentes. En outre, ces données sont « disposées de manière systématique et méthodique », ce qui correspond à la définition de la base de données. Mais l'essentiel est que deux conditions soient remplies : que ces données soient qualifiées d'indépendantes et qu'elles soient individuellement accessibles, donc pouvant être isolées les unes des autres. Or tous les

¹⁷ Aspects juridiques des œuvres multimédia, CSPLA, octobre 2003 (CERDI – Mme Judith ANDRES et M. Pierre SIRINELLI),

<<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/aspectsjuridiquesdesoeuvresmultimedia.pdf>>.

et : A. LUCAS, Droit d'auteur et multimédia, dans Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de A. Françon, Dalloz, 1995, p. 325.

¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-20294 : Bulletin civ. 2003, I, n° 29, p. 24 ; D. 2003, 1688, note Sardain ; CCE 2003, comm. n°35, note Caron ; JCP E 2003, 588, note Caron ; ibid. 1508, n°1, obs. Bougerol ; Légipresse 2003, n°202, III, p.79, note Varet ; Propr. intell. Avril 2003, n°7, p.159, obs. Lucas ; RIDA, avril 2003, p.279, obs. Kéréver.

¹⁹ Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, Journal officiel des Communautés européennes du 17 janvier 1982, p.624.

podcasts ne regroupent pas des données indépendantes : quid du podcast dans lequel un individu se raconte, sans autre élément que ses paroles ? De plus, les podcasts ne sont pas une simple succession de données pouvant être isolées les unes des autres. Les sociétés de gestion collective étrangères prévoient d'ailleurs dans leurs contrats avec les utilisateurs de leurs répertoires que quand ces derniers utilisent le répertoire pour créer un podcast, ils doivent veiller à ce que les musiques composant le podcast ne puissent pas ensuite être dissociées les unes des autres, mais au contraire le podcast doit former un tout indivisible.

L'arrêt *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab*, rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes le 9 novembre 2004²⁰ vient renforcer cette exclusion de la qualification de base de données pour le podcast. En effet, selon la cour européenne, « la notion de base de données au sens de l'art. 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, vise tout recueil comprenant des œuvres, des données ou d'autres éléments, séparables les uns des autres sans que la valeur de leur contenu s'en trouve affectée, et comportant une méthode ou un système, de quelque nature que ce soit, permettant de retrouver chacun de ses éléments constitutifs. » Pour les mêmes raisons que la définition légale ne permet pas de qualifier le podcast de base de données, la jurisprudence européenne nous interdit cette qualification : dépecer un podcast pour en séparer les éléments serait incontestablement une atteinte à la valeur du contenu, mais surtout, en matière de podcasting, le dépeçage n'est pas prévu ; le podcast doit être pris comme un fichier intégral, unique, entier.

Si le podcast ne peut être qualifié ni d'œuvre multimédia, ni de base de données, nous pouvons nous interroger sur la qualification d'œuvre logicielle.

c. Podcast et œuvre logicielle : des qualifications différentes pour des fonctions différentes

La loi du 3 juillet 1985²¹ a introduit un principe de protection du logiciel par le droit d'auteur, mais pas de définition de ce qu'est le logiciel. Il faut se reporter à l'arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique²² pour bénéficier d'une définition du logiciel. Selon cet arrêté, un logiciel est un « ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ». En droit communautaire²³, le

²⁰ CJCE, *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab*, 9 novembre 2004 : *Propr. intell.*, janvier 2005, n° 14, p.99, La CJCE précise les règles du jeu, S.Lemarchand et S.Rambaud.

²¹ Loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

²² Arrêté disponible sur le site du Bulletin des Bibliothèques de France :

<<http://bbf.enssib.fr/sdx/BBF/frontoffice/1982/06/document.xsp?id=bbf-1982-06-0355-009/1982/06/fam-tourhorizon/tourhorizon&statutMaitre=non&statutFils=non>>.

²³ Directive communautaire n° 91/250 du 14 mars 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

logiciel est appelé « programme d'ordinateur », mais la notion est la même. Cette définition rejoint la définition technique, qui consiste à dire qu'un logiciel est un programme d'instructions générales ou particulières, adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée. Le logiciel est donc un programme d'instructions qui permet le fonctionnement d'un ensemble de traitement de données.

Mais dans le cas du podcast, aucun ordre n'est adressé à l'ordinateur pour permettre la création ou l'exécution d'une fonction précise, si ce n'est la lecture du podcast en appuyant sur « lecture ». Le podcast n'est pas un programme permettant le fonctionnement d'un ensemble de traitement de données, il n'a pas de rôle à jouer dans le but de faire fonctionner quoique ce soit. Le podcast en lui-même n'est pas un logiciel maniable permettant d'exécuter des tâches. Dès lors, il n'est pas possible de qualifier le podcast d'œuvre logicielle, l'œuvre logicielle étant simplement un logiciel protégé, grâce à son originalité.

Une autre qualification peut alors être envisagée : la qualification d'œuvre audiovisuelle.

d. L'œuvre audiovisuelle actuelle : qualification souvent trop restrictive pour le podcast

L'article L.112-2 6° du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre audiovisuelle comme étant composée de « séquences animées d'images, sonorisées ou non ». Deux notions de cette définition doivent être relevées : la notion d' « images », et la notion de « séquences animées ». Nous pouvons remarquer qu'elles forment la base de la définition. Pourtant, certains podcasts ne sont constitués que de sons, sans images : cette définition ne leur convient donc pas, et dans ce cas, la qualification d'œuvre audiovisuelle doit être écartée, au profit de celle d'œuvre sonore si l'originalité du podcast peut être retenue. En outre, certains podcasts sont effectivement composés de sons et d'images, mais seulement de quelques images fixes en guise d'illustrations : dans ces podcasts, on ne retrouve pas les « séquences animées d'images ». La définition de l'œuvre audiovisuelle ne convient encore pas à ces podcasts. En revanche, il existe bel et bien des podcasts qui regroupent son et séquences animées d'images, mais nous recherchons une qualification globale pour tous les podcasts, si cela est possible. Et pour que ces podcasts avec sons et séquences animées d'images puissent être qualifiés d'œuvres audiovisuelles, encore faut-il que l'ensemble, par son originalité, soit susceptible d'être qualifié d' « œuvre ». La qualification d'œuvre audiovisuelle ne pourrait donc convenir qu'à une partie des podcasts.

Au niveau communautaire, une solution aurait pu être apportée par la directive services de médias audiovisuels (dite « directive SMA »)²⁴ afin de rester dans le domaine de la

²⁴ Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, dite Directive services de médias audiovisuels, modifiant la directive 89/552/CEE, dite « TVSF », disponible sur le site EUR-Lex : [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu)

qualification audiovisuelle, avec une définition plus large : celle de service de média non-linéaire. Mais avant de pouvoir nous enticher de cette qualification, arrêtons-nous un instant sur le considérant 16²⁵ de cette directive. Il précise que la définition du service de médias audiovisuels ne s'applique qu'aux médias de masse, « c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste²⁶ ». Il semble difficile de considérer que les podcasts sont destinés à être reçus par une part importante de la population au point d'avoir un impact manifeste sur elle. Et même si certains podcasts pourraient avoir ces caractéristiques – nous pouvons imaginer qu'auraient ces caractéristiques des podcasts de campagne électorale importante ou des podcasts d'information exclusive par exemple – tous les podcasts ne pourront être considérés comme un média de masse. En outre, la directive n'englobe pas « les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt ». Or les podcasts ne sont pas toujours créés dans un but économique, et de nombreux podcasts ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle. Donc le considérant 16 de la directive SMA exclut implicitement les podcasts du champ de son application. Ces deux exclusions du champ d'application de la directive amènent donc à exclure la qualification européenne aussi.

Toutes ces qualifications sont donc à exclure : le podcast n'est ni une œuvre multimédia, ni une base de données, ni une œuvre logicielle, ni une œuvre audiovisuelle. Une solution pourrait consister dans une proposition visant à moderniser la définition de l'œuvre audiovisuelle, puisqu'il pourrait suffire de modifier un mot, celui qui pose le plus problème étant le terme « image ». Mais ce faisant, le cœur même de la définition de l'œuvre audiovisuelle serait touchée. Dans une telle impasse, il convient donc de distinguer entre les podcasts sonores uniquement, dits « podcasts audio » et les podcasts audiovisuels, dits « podcasts vidéo », ou « vidéocast ».

lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=2007&nu_doc=65>.

²⁵ Considérant 16 : « Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir exclusivement les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste. Son champ d'application ne devrait couvrir que les services tels que définis par le traité, et donc englober toutes les formes d'activité économique, y compris l'activité économique des entreprises de service public, mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt. »

²⁶ Si par « impact » nous entendons « effet », psychologique notamment.

B. Pour une qualification juridique appropriée : nécessité de distinction entre le podcast vidéo et le podcast audio

a. Qualification du podcast vidéo

1. Le podcast, séquences d'images animées ou non

Le podcast vidéo peut aussi bien être un podcast audiovisuel au sens classique du terme, avec des images animées, qu'un podcast composé de sons ainsi que d'images fixes. Il est donc nécessaire de trouver une qualification qui englobe les deux concepts, de façon à ne pas créer de sous-distinctions parmi la distinction déjà opérée entre podcasts audio et podcasts vidéo. Dans cette optique, nous pouvons nous intéresser à la qualification de vidéogramme.

2. Le podcast vidéo : un vidéogramme

L'article L.215-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le vidéogramme comme une « fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non ». Les images n'ont donc pas besoin d'être animées pour que la qualification soit envisageable. La qualification juridique de vidéogramme semble donc plus adéquate que celle d'« œuvre audiovisuelle ».

Il serait intéressant que le podcast audio réponde à une qualification juridique proche, afin que les régimes de chaque type de podcast ne soient pas diamétralement opposés. C'est pourquoi la qualification de phonogramme devra être envisagée pour le podcast audio.

b. Qualification du podcast audio

1. Exclusion d'une œuvre radiophonique

Nous avons exclu la notion de « service de radio » pour qualifier le podcasting. En effet, le fait qu'un service de radio doive être reçu simultanément par les utilisateurs du service ne correspond pas au fonctionnement du podcasting. Mais si le service en tant que tel ne correspond pas à ce qu'est le podcasting, par voie de conséquence le contenu, à savoir le podcast, ne correspond pas davantage à une œuvre radiophonique, laquelle est diffusée par voie de radiodiffusion.

Il en résulte que la licence légale instaurée par l'article L.214-1 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas applicable au podcast. Mais outre cette conséquence, une autre s'ensuit : la nécessité de qualifier le podcast de simple phonogramme.

2. Le podcast audio : un phonogramme

Le phonogramme est défini par l'article L.213-1 du Code de la propriété intellectuelle comme étant la « fixation d'une séquence de son ». Il est à noter que le terme « fixation »

s'adapte très bien au podcasting. En 1996, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle²⁷ a défini la « fixation » : il s'agit de « l'incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif ». Le podcast audio n'est en effet rien d'autre que la fixation de sons sur un support à l'aide d'un dispositif – principalement un logiciel et un microphone. Mais tout aussi remarquable dans la définition du Code de la propriété intellectuelle est l'exclusion de la notion d'œuvre. Ainsi, toute fixation de sons peut constituer un phonogramme, que les sons forment une œuvre ou non.

De même, la définition donnée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, en 1971²⁸, prévoit qu'« aux fins de la présente Convention, on entend par « phonogramme », toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons ». Cette définition montre bien là encore que quels que soient les sons, quelle que soit leur provenance, ils peuvent composer un phonogramme. La définition du phonogramme s'avère donc très large, ce qui permet d'englober toutes sortes de créations. C'est pourquoi l'ensemble des podcasts audio peuvent être qualifiés de « phonogrammes ».

Le podcasting peut donc être qualifié de communication au public par voie électronique, et le podcast, c'est-à-dire le contenu, peut être qualifié de vidéogramme lorsqu'il est question d'un podcast vidéo, et de phonogramme lorsqu'il s'agit de podcast audio. Or ces différentes qualifications engendrent l'application de régimes propres, qu'il faut adapter à cette nouvelle technologie.

²⁷ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adopté à Genève le 20 décembre 1996, <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf>.

²⁸ Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes du 29 octobre 1971, <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/phonograms/pdf/trtdocs_wo023.pdf>.

Section 2 – Les acteurs du podcasting

L'utilisation d'œuvres et de prestations protégées par le droit d'auteur et les droits voisins exige l'obtention préalable du consentement des titulaires de ces droits. Mais pour ce faire, il s'avère primordial de les identifier (sous-section 1). En outre, la diffusion de podcasts nécessite de mettre en lumière deux acteurs importants : les éditeurs et hébergeurs des podcasts (sous-section 2).

Sous-section 1 – Les titulaires de droits de propriété intellectuelle

Les acteurs du podcasting bénéficiaires du droit d'auteur (A) ne répondent pas aux mêmes caractéristiques et au même régime que les acteurs du podcasting bénéficiaires de droits voisins (B). C'est pourquoi il est nécessaire de les distinguer.

A. Les acteurs du podcasting bénéficiaires du droit d'auteur

Deux questions apparaissent d'emblée : le créateur du podcast est-il auteur ? Quelle est la place de l'auteur d'un élément du podcast ? Ces interrogations reviennent à s'interroger sur la qualité du créateur du podcast d'une part, et, d'autre part, si des auteurs entrent dans le jeu de la création du podcast, sur la place de ces auteurs.

a. Définition

Le podcast, en tant que « phonogramme » ou « vidéogramme », est protégé par le droit même s'il n'est pas une œuvre de l'esprit. Aucune condition d'originalité n'est donc requise pour protéger le phonogramme dans son ensemble ou pour le vidéogramme dans son ensemble. Mais le podcast peut renfermer des œuvres, qui, par définition, sont originales. En outre, dans certains cas, le phonogramme ou le vidéogramme peut être une œuvre, en raison de son originalité.

Le Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition de l' « œuvre de l'esprit »²⁹, mais énumère une liste non limitative de ce qui est considéré comme tel. L'essentiel pour accéder à la protection est que la création soit originale, qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur.

Dès lors, si le podcast est original, il peut tout à fait accéder à la qualité d' « œuvre de l'esprit » : dans une telle hypothèse, comme il n'existe pas de disposition particulière précisant qui est l'auteur du phonogramme ou du vidéogramme, nous devons appliquer l'article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. » Donc en principe, celui qui divulgue le podcast sous son nom a la qualité

²⁹ Le CPI n'énumère pas les « œuvres », mais les « œuvres de l'esprit », deux terminologies différentes pour une même notion.

d'auteur, avec les droits et obligations qui y sont attachés. S'il a créé ex nihilo, il sera le seul auteur.

Mais qui est cet auteur qui divulgue le podcast sous son nom ? Il peut s'agir tout simplement du créateur au sens général, mais il peut aussi s'agir d'un journaliste, si certaines conditions sont remplies. En effet, le tribunal civil de la Seine, le 5 février 1954³⁰, a affirmé que « lorsque le mérite d'une production journalistique réside dans l'originalité des commentaires et la forme littéraire, cette production doit être considérée comme une œuvre littéraire protégée par la loi ». Le journaliste qui crée une émission sous forme de podcast peut donc se voir reconnaître la qualité d'auteur, dont il fera souvent bénéficier son entreprise. En revanche, même si la jurisprudence admet que les publicités dont la forme est originale puissent accéder au rang d'œuvres³¹, cette possibilité sera écartée dans le cas du podcast. En effet, le podcast étant un phonogramme ou un vidéogramme selon les cas, nous devons appliquer l'article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle. Or les podcasts publicitaires, en règle générale, ne sont pas divulgués sous le nom des publicitaires créateurs, mais sous le nom de l'entreprise commanditaire. Donc, à moins que la preuve contraire ne soit rapportée, l'auteur du podcast original sera l'entreprise qui a sollicité l'agence de publicité.

Ces règles ne sont pas particulières au podcasting. De plus, que le podcast constitue lui-même une œuvre ou pas, il peut renfermer des œuvres en son sein : il faut alors considérer l'auteur de chaque œuvre, de façon à obtenir toutes les autorisations nécessaires.

Toutefois, une question peut se poser spécifiquement dans le cadre du podcasting : si le créateur du podcast intègre une œuvre d'un tiers, et que, pour arriver à ses fins, il en transforme le format pour l'intégrer au format .mp3 par exemple : doit-il demander à l'auteur de l'œuvre intégrée qu'il lui concède un droit d'adaptation, et ainsi devenir auteur de l'œuvre seconde ? Si le changement opéré est effectivement uniquement un changement de format, le créateur du podcast ne peut pas être considéré comme auteur d'une œuvre seconde car, dans ce cas, il agit en tant que technicien.

La définition classique de l'auteur trouve donc à s'appliquer dans le cadre du podcasting. Toutefois, des spécificités peuvent intervenir dans le régime applicable.

b. Régime

Si le podcasteur est auteur du podcast – qui peut alors être considéré comme une œuvre audiovisuelle ou toute autre œuvre – la qualité d'auteur lui est applicable.

³⁰ T. civ. Seine, 5 février 1954 : Gaz. Pal. 1954, 1, 182.

³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 1995 : RIDA, oct. 1995, p. 299 et 231, obs. Kéréver.

Il dispose alors de droits patrimoniaux, comme tout auteur. En vertu de l'article L.122-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur du podcast dispose du droit d'exploitation de son œuvre, comprenant le droit de reproduction, et le droit de représentation. En effet, dès lors qu'une œuvre est mise à la disposition du public sur un site Internet, le droit de représentation entre en jeu. En revanche, l'auteur d'un podcast original ne dispose pas du droit de suite prévu à l'article L.122-8 du même code, qui ne concerne que les œuvres graphiques et plastiques. Selon l'article L.123-1 du Code de la propriété intellectuelle, au décès de l'auteur du podcast, ces droits patrimoniaux persistent « au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

C'est au sein des droits moraux que peuvent survenir les questions relatives à l'adaptabilité des textes au podcast. Certains droits moraux ne peuvent être remis en question pour l'auteur d'un podcast. C'est le cas du droit à la paternité de l'œuvre, prévu par l'article L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle. Sur Internet, la citation du nom de l'auteur d'une œuvre doit apparaître clairement et être associée à l'œuvre elle-même de la manière la plus étroite possible. De même, le droit de divulgation prévu par l'article L.121-2 de ce code ne peut être mis sous forme interrogative.

En revanche, concernant le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre prévu par l'article L.121-1 du Code de la propriété intellectuelle, nous pouvons nous demander si l'auteur d'un podcast original devrait disposer de ce droit sans condition, ou s'il vaudrait mieux que le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre ne puisse être mis en action que si l'auteur démontre une atteinte à son honneur ou à sa réputation, comme c'est le cas en matière de logiciel. Pour y répondre, il faut s'interroger sur la nature de l'œuvre qui peut être produite sous forme de podcast.

Si le podcast devient une œuvre, dotée de l'empreinte de la personnalité de son auteur, il s'agira le plus souvent d'une œuvre audiovisuelle, puisque la majorité des podcasts allient son et succession d'images. Or dans le cas de l'œuvre audiovisuelle, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre n'est pas subordonné à la preuve d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Il serait donc plus opportun de considérer que l'auteur d'un podcast original dispose en tout état de cause du droit au respect de son œuvre.

Enfin, l'article L.121-4 du Code de la propriété intellectuelle donne à l'auteur un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Mais ce droit n'est pas offert à tous : ainsi, l'auteur d'un logiciel n'en bénéficie pas, et les bénéficiaires de droits voisins ne profitent pas non plus d'un tel droit. Les auteurs d'œuvres podcastées pourraient-ils en bénéficier ? Si nous nous intéressons aux personnes non-titulaires du droit de repentir ou de retrait, nous remarquons que le retrait des œuvres de ces personnes causerait un plus gros préjudice aux tiers que le retrait d'œuvres plus « simples » : ainsi, un logiciel engendre le fonctionnement d'applications. Le retrait du logiciel causerait donc un préjudice au cessionnaire du fait du retrait du logiciel en lui-même, mais causerait aussi un préjudice au

cessionnaire et aux tiers du fait de l'impossibilité d'exploiter les applications qui pouvaient l'être avec le logiciel. De même, concernant les artistes-interprètes : si ces derniers bénéficiaient d'un droit de retrait ou de repentir, non seulement ils causeraient un préjudice aux titulaires des droits patrimoniaux après cession, du fait de leur interprétation, mais ils causeraient aussi un préjudice aux auteurs des œuvres qu'ils interprètent. Ces catégories de personnes entraîneraient donc des tiers dans leur sillon. Alors que lorsque l'auteur – ou les auteurs – d'une œuvre décide de retirer l'œuvre, il ne fait pas subir l'exercice de ce droit à d'autres personnes. Ainsi, les auteurs d'une œuvre audiovisuelle, s'ils se sont mis d'accord pour la retirer, entraîneront moins de monde dans leur retrait que l'auteur d'un logiciel ou l'artiste-interprète d'une œuvre. Dans le cadre du podcasting, même si l'auteur du podcast a intégré dans son œuvre d'autres œuvres, il ne peut être nié qu'en général, les auteurs des œuvres premières ne comptent pas sur l'auteur du podcast pour faire vivre leur œuvre. Et le podcast en lui-même n'est pas lié à l'exploitation d'une autre œuvre. Dès lors, pourquoi interdire le droit de retrait et de repentir aux auteurs d'un podcast ? Le droit d'auteur classique prévu par l'article L.121-4 trouverait donc à s'appliquer.

Il s'avère également que, lorsque le podcast constitue une œuvre audiovisuelle, l'article L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle demeure applicable : cet article liste, au moyen de présomptions réfragables, les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle. Ceux-ci sont l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, et le réalisateur. Adaptée au podcasting, cette liste de présomptions ne soulève pas de difficulté particulière. Le producteur du podcast se fera alors céder les droits de ces coauteurs, et c'est lui ensuite qui cèdera tout ou partie des droits patrimoniaux de ces coauteurs.

Les auteurs d'œuvres podcastées disposeraient donc des mêmes droits que tout auteur. Et de ce fait, l'article L.211-1 du Code de la propriété intellectuelle doit aussi s'appliquer : « les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires ».

B. Les acteurs du podcasting bénéficiaires de droits voisins

Puisque le podcast peut être un vidéogramme ou un phonogramme, il convient de suivre le régime du vidéogramme si c'est un podcast vidéo et de suivre le régime du phonogramme si c'est un podcast audio. Pour ce faire, nous nous intéresserons à l'artiste-interprète (a) et au producteur (b) du contenu.

a. L'artiste-interprète

1. Définition

Défini par l'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'artiste-interprète ou exécutant, « est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes. » En outre, cette définition exclut d'emblée « l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels ». Selon cette définition, l'artiste-interprète ne peut donc interpréter qu'une œuvre de l'esprit.

De même, la définition donnée par l'article 2 a) du Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996³² - définition qui est une réitération de la définition donnée par l'article 3 a) de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, signée à Rome le 26 octobre 1961³³ - prévoit que l'artiste interprète une œuvre : « Aux fins du présent traité, on entend par : « artistes interprètes ou exécutants » les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore. »

Or tous les podcasts n'étant pas l'interprétation d'œuvres, et parmi tous les podcasts qui ne sont pas des œuvres ou l'interprétation d'œuvres, tous n'étant pas non plus forcément l'interprétation d'expressions du folklore – les numéros de variétés, de cirque ou de marionnettes étant des œuvres de l'esprit au sens de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle – ces définitions excluent du champ de la protection par les droits voisins du droit d'auteur un certain nombre d'interprètes.

Considérons donc les artistes-interprètes qui peuvent répondre de ce titre au vu des définitions ci-dessus exposées.

2. Régime

En vertu de l'article 3 de la directive européenne du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins³⁴, « les droits des artistes

³² Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996, disponible en version française sur le site de l'OMPI :

<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html>.

³³ Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, signée à Rome le 26 octobre 1961, disponible en version française sur le site de l'OMPI :

<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html#P70_4657>.

³⁴ Article 3 issu de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins modifiant la directive

interprètes ou exécutants expirent cinquante ans après la date de l'exécution ». C'est pourquoi l'article L.211-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les artistes-interprètes bénéficient de la protection juridique de leurs interprétations durant cinquante ans. Toutefois, des réflexions sont en cours afin d'allonger ce délai de protection. Ainsi, la Commission européenne, a fait part, le 18 juillet 2008³⁵, de son intention de porter de 50 à 95 ans la durée des droits voisins protégeant les interprétations phonographiques.

En ce qui concerne les droits découlant de la protection, en vertu de l'article L.212-2 du Code de la propriété intellectuelle, « l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation ». Ce droit est un droit personnel, transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et la mémoire de l'artiste défunt. L'artiste-interprète, qui joue un rôle essentiel dans la création du podcast, se voit donc reconnaître un droit moral. La différence essentielle avec le droit des auteurs parties au podcast réside dans l'absence pour l'artiste-interprète du droit de repentir et du droit de retrait.

Au sujet des droits patrimoniaux de l'artiste-interprète ou de l'exécutant, l'article L.212-3 du Code de la propriété intellectuelle en précise le contour : la fixation de la prestation de l'artiste-interprète ou de l'exécutant, la reproduction et la communication au public de cette prestation, « ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image » sont soumises à l'autorisation de l'artiste-interprète. Celui-ci dispose donc de droits de reproduction et de représentation.

En outre, l'article 2 de la directive communautaire du 19 novembre 1992³⁶ dispose que « l'artiste-interprète ou exécutant, en ce qui concerne les fixations de son exécution » est titulaire du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt. Certes le droit français n'a pas repris expressément cette disposition, mais les juridictions considèrent que ce droit est compris en droit français dans le droit de destination, lequel permet de conserver le contrôle de son interprétation ou de s'opposer à certaines formes d'utilisation secondaire de cette prestation.

En dernier lieu, nous pouvons souligner que le 5° de l'article L.211-3 est une véritable bénédiction pour les utilisateurs de podcasts. Il empêche l'artiste-interprète, et surtout, comme nous le verrons plus loin, le producteur, d'interdire « la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'objet protégé par un droit voisin ou sa transmission entre tiers par la voie d'un

93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

³⁵ Propriété intellectuelle: la Commission adopte un paquet de mesures tourné vers l'avenir, disponible sur le site de la Commission européenne :

<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1156&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>>.

³⁶ Directive CE n° 92/100 du 19 novembre 1992.

réseau faisant appel à un intermédiaire ». Cet alinéa pose une nouvelle difficulté : lorsque l'utilisateur du podcast décide de le lire en streaming, il n'y a en principe pas de reproduction provisoire. Toutefois, localement, l'ordinateur de l'utilisateur peut faire passer le flux par la mémoire cache, grâce à une application qui se positionne par-dessus la page web. Donc même si l'un des buts du podcasting est l'exploitation par lecture en streaming, sans nécessité de copie transitoire, l'artiste-interprète ne peut l'interdire, et cette opposition à interdiction s'avère bien utile en pratique puisque des copies transitoires sont tout de même effectuées.

b. Le producteur

1. Le producteur de phonogrammes

La Convention de Rome de 1961³⁷ définit le « producteur de phonogrammes » comme « la personne physique ou morale qui, la première, fixe les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons ». La même définition est donnée à l'article 1^{er} de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes du 29 octobre 1971³⁸. Cette définition insiste donc sur l'action de la première fixation. Mais une autre définition, donnée par l'article 2 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996³⁹, insiste, en plus de la première fixation, sur l'initiative et la responsabilité du producteur, c'est-à-dire sur son rôle dans le déroulement de l'opération. Notre article L.213-1 du Code de la propriété intellectuelle se rapproche davantage de cette définition de l'OMPI, puisqu'aux termes de cet article, « le producteur de phonogrammes est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son. » En outre, généralement, un indice s'avère précieux : le producteur est aussi celui qui met à disposition les sommes nécessaires à la réalisation du phonogramme.

Le producteur de phonogrammes dispose d'un certain nombre de droits sur ses productions. Ainsi, l'article L.213-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « l'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme autres que celles mentionnées à l'article L. 214-1. ». Le producteur de phonogrammes dispose donc des droits de représentation, de

³⁷ Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, signée à Rome le 26 octobre 1961, disponible sur le site de l'OMPI : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html#P70_4657>.

³⁸ Convention disponible sur le site de l'OMPI :

<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/phonograms/trtdocs_wo023.html#P43_2733>.

³⁹ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adopté à Genève le 20 décembre 1996, disponible sur le site de l'OMPI :

<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P69_5158>. Dans ce traité, le « producteur d'un phonogramme » est « la personne physique ou morale qui prend l'initiative et assume la responsabilité de la première fixation des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou d'autres sons, ou des représentations de sons ».

communication au public et de reproduction sur les phonogrammes qu'il a produits. Ces droits avaient déjà été reconnus, notamment dans le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996. Une note avait même été jointe à l'article 11 de ce traité⁴⁰, précisant que le droit de reproduction « s'applique pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des interprétations et exécutions et des phonogrammes sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une interprétation ou exécution protégée, ou d'un phonogramme protégé, sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de ces articles. » Donc, que l'utilisateur stocke le podcast sur son ordinateur, ou qu'il le stocke sur son baladeur, il le reproduit. Pourtant, il est de l'essence-même du podcast d'être reproduit. Il serait donc cohérent de mettre en place une présomption d'autorisation de reproduction du podcast par l'utilisateur dès lors que le podcast est mis à la disposition du public sur Internet, et d'inclure des exceptions pour les rares cas où les podcasts ne sont pas téléchargeables par l'utilisateur. Cette présomption d'autorisation de reproduction du podcast serait donc plus forte que l'exception de copie privée prévue à l'article L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle. L'autorisation avant toute mise à disposition demeure en revanche pleinement justifiée dans le cadre du podcasting. D'autre part, les notes précisant le traité de l'OMPI montrent bien que tous ces droits prévus à la fois au niveau international et au plan national, sont applicables à l'environnement numérique, y compris lorsque l'internaute accède au contenu sur demande individuelle. Le podcasting entre donc bien dans le champ d'application de l'article L.213-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Droit international et droit français réservent donc les mêmes droits patrimoniaux aux producteurs de phonogrammes. Ceux-ci ne bénéficient en revanche d'aucun droit moral sur les phonogrammes qu'ils ont fixés les premiers.

Concernant la durée de protection, l'article L.211-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « la durée des droits patrimoniaux objets du présent titre est de cinquante années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle (...) de la première fixation d'une séquence de son pour les producteurs de phonogrammes. Toutefois, si un phonogramme fait l'objet, par des exemplaires matériels, d'une mise à disposition du public pendant la période définie au premier alinéa, les droits patrimoniaux du producteur du phonogramme n'expirent que cinquante ans après le 1er janvier de l'année civile suivant ce fait. En l'absence de mise à disposition du public, ses droits expirent cinquante ans après le 1er janvier de l'année civile suivant la première communication au public ». Il n'est pas envisagé à ce jour d'étendre la durée de protection des producteurs de phonogrammes, cinquante ans étant le minimum requis par l'article 17 2) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996. La France, comme dans le cas des artistes-interprètes et exécutants, a donc choisi la durée minimale de protection des producteurs de phonogrammes.

⁴⁰ Voir note 39.

Le producteur de phonogrammes et le producteur de vidéogrammes sont traités séparément dans le Code de la propriété intellectuelle. Pourtant, ils sont juridiquement très proches.

2. Le producteur de vidéogrammes

Le producteur de vidéogrammes est défini à l'article L.215-1 du Code de la propriété intellectuelle comme « la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non ». Il s'agit de la seule définition légale, et nous ne pouvons que constater sa similitude avec la définition du producteur de phonogrammes. Là encore, dans la pratique, le producteur est essentiellement celui qui engage des sommes d'argent pour arriver à ses fins, tout en ayant en effet l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images, avec ou sans son, même si le côté muet a tendance à disparaître de notre époque.

Concernant les droits du producteur de vidéogrammes, l'article L.215-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « l'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme. » Le producteur de vidéogrammes dispose donc des mêmes droits que ceux reconnus au producteur de phonogrammes. Il ne bénéficie pas non plus de droit moral, à moins d'être aussi auteur et artiste-interprète ; mais s'il n'est que producteur du podcast vidéo, il n'a pas de droit moral sur son podcast.

Concernant la durée des droits patrimoniaux, elle est également la même que pour le producteur de phonogrammes. Le régime est donc globalement adapté au podcasting.

Outre ces acteurs du podcast soumis au droit d'auteur et aux droits voisins, d'autres acteurs présentent une importance particulière, puisqu'ils sont à l'origine de la mise en ligne du podcast.

Sous-section 2 – Les acteurs de la diffusion des podcasts

Tout un chacun peut créer des podcasts, sans avoir nécessairement des connaissances approfondies en informatique. Ensuite, les podcasteurs postent leurs créations sur des blogs ou autres portails communautaires, ou les hébergent sur des sites Internet. Deux types d'acteurs de la diffusion apparaissent alors : les éditeurs (A) et les hébergeurs (B).

A. L'éditeur

a. Définition

Nous ne disposons pas de définition claire en droit français, mais une définition récente en droit européen peut nous éclairer. Certes, cette définition est tirée d'une directive qui n'est pas applicable au podcasting, mais la notion d'éditeur étant large, il est possible de nous appuyer sur cette définition européenne. Ainsi, l'article 1 c) de la directive européenne du 11 décembre 2007⁴¹ définit la responsabilité éditoriale comme étant « l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande. La responsabilité éditoriale n'a pas nécessairement pour corollaire une responsabilité juridique quelconque en vertu du droit national à l'égard du contenu ou des services fournis ». Nous pouvons tirer de cette définition que l'éditeur est celui qui contrôle la sélection des programmes, c'est-à-dire qui bénéficie d'un droit de regard et de modification de cette sélection, et les organise sur une grille chronologique ou un catalogue. La jurisprudence française insiste sur le fait que l'éditeur produit lui-même les contenus qu'il met en ligne, et qu'il les organise⁴².

D'autre part, l'un des moyens de savoir si l'acteur de la diffusion est un éditeur de contenus ou un hébergeur est de s'intéresser au type de modération des pages web. En effet, si un contrôle a priori des contenus est effectué, il s'agit d'une fixation du message préalablement à sa communication au public, et la personne qui a mis en ligne le contenu préalablement vérifié est un éditeur. Mais ce raisonnement ne concerne que les infractions de presse. Ainsi, la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle⁴³ est applicable, et l'éditeur est pleinement responsable des contenus présents sur sa page web. Donc si un podcast litigieux est mis en ligne par un éditeur, ce dernier en sera responsable. Le podcast qu'il met en ligne peut être une de ses créations, ou la création d'un tiers, qu'il a contrôlée avant de la mettre en ligne. Dans un cas comme dans l'autre, l'éditeur est responsable du contenu. Mais comme le note B. May⁴⁴, « les magistrats cherchent à identifier le niveau d'intervention des prestataires sur le contenu – choix, sélection, filtrage, contrôle, modération – pour en déduire la qualité d'éditeur ou l'exclure » : d'autres critères, dont le critère important du choix éditorial, sont donc pris en compte, formant ainsi ou bien un faisceau d'indices, ou bien un autre angle de vue, en fonction des juges.

⁴¹ Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, disponible sur le site de l'accès au droit à l'Union Européenne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2007/l_332/l_33220071218fr00270045.pdf>.

⁴² Voir par ex. TGI de Paris, 13 juillet 2007, Carion et a. c/ SA Dailymotion, aff. « Joyeux Noël ».

⁴³ Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁴⁴ B. MAY, Responsabilité des acteurs du web 2.0 : l'histoire sans fin, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 Avril 2008, 1540.

b. Responsabilité

En tant qu'éditeur, la responsabilité recherchée peut être une responsabilité spéciale ou de droit commun.

En effet, l'éditeur se voit appliquer la loi du 29 juillet 1982⁴⁵ sur la communication audiovisuelle. A ce titre, aux termes de l'article 93-3 de cette loi, définissant la responsabilité en cascade encourue par les différentes personnes ayant concouru à la diffusion d'un contenu réprimé par la loi de 1881 sur la liberté de la presse⁴⁶, l'éditeur de contenus peut voir sa responsabilité pénale engagée en tant que « directeur » ou « co-directeur », et il sera puni comme auteur principal du message podcasté.

Mais une évolution est intervenue : la LCEN a permis de remplacer les termes « communication audiovisuelle » par l'expression « communication au public par voie électronique ». Cette responsabilité prévue par la loi de 1982 s'applique donc bel et bien aux contenus en ligne, comme c'est le cas des podcasts. De plus, à ce jour, le délai de prescription pour les infractions de presse est de trois mois à compter de la première publication, mais une proposition de loi qui sera soumise au Parlement à l'automne 2008⁴⁷ propose d'allonger ce délai à un an « si les infractions ont été commises par l'intermédiaire d'un service de communication au public en ligne, sauf en cas de reproduction du contenu d'une publication diffusée sur support papier » : si cet allongement du délai devait être voté, il ne serait évidemment pas le bienvenu du côté des éditeurs, mais il serait protecteur des tiers aux podcasts, victimes des infractions de presse dans les podcasts.

En outre, l'éditeur est tenu responsable des atteintes à la vie privée prévues par l'article 9 du Code civil. Il peut aussi l'être du fait du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoit notamment, en son article L.113-6 que « les auteurs des œuvres pseudonymes et anonymes (...) sont représentés dans l'exercice de [leurs] droits par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité. »

Enfin, outre les régimes spéciaux, l'éditeur peut voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, à condition que la partie qui se sent victime prouve une faute, un dommage, et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

⁴⁵ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁴⁶ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴⁷ Proposition de loi tendant à allonger le délai de prescription de l'action publique pour les diffamations, injures ou provocations commises par l'intermédiaire d'Internet, disponible sur le site du Sénat :

<<http://www.senat.fr/leg/pp107-423.html>>.

Les éditeurs de podcasts répondent donc de la même responsabilité que tout autre éditeur de contenus, qu'ils soient communiqués au public par voie électronique ou non. Mais la question peut aussi se poser lorsque l'intermédiaire technique est hébergeur.

B. L'hébergeur

a. Définition

Selon l'article 6-I-2 de la LCEN, les hébergeurs sont « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». A l'origine, l'hébergeur est un simple intermédiaire technique. Mais de plus en plus, les hébergeurs proposent aussi quelques services, notamment de mise en page et de simplification de la navigation de l'internaute.

La jurisprudence actuelle tâtonne pour savoir si lorsque de tels services sont proposés, la personne responsable du site peut toujours être qualifiée d'hébergeur. Dans le cadre du podcasting, ces services peuvent notamment permettre de catégoriser les podcasts, de façon à ce que la recherche de l'internaute soit plus rapide, plus facile, et surtout plus ciblée. Un artiste a été à l'origine de deux arrêts en opposition l'un avec l'autre, créant une symbolique de cette jurisprudence fluctuante : il s'agit de l'humoriste J.-Y. Lafesse. En effet, dans une affaire l'opposant à la société Myspace⁴⁸, la qualité d'éditeur a été reconnue à Myspace. Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé « que s'il est incontestable que la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction technique ; qu'en effet, imposant une structure de présentation par cadres, qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés (...), elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités ». Le fait d'organiser le site, même sans fournir les contenus, entraîne donc l'abandon de la qualité d'hébergeur. En revanche, dans l'affaire opposant J.-Y. Lafesse à la société Dailymotion⁴⁹, le tribunal a estimé qu'« au regard des dispositions de la LCEN ne constitue un choix éditorial que le choix des contenus des fichiers mis en ligne. Le fait de structurer les fichiers mis à la disposition du public selon un classement choisi par le seul créateur du site ne donne pas à ce dernier la qualité d'éditeur tant qu'il ne détermine pas les contenus des fichiers mis en ligne. » Celui qui héberge des podcasts tout en permettant un classement par thèmes, ce qui est majoritairement le cas, ne peut donc à ce jour être certain de bénéficier de la responsabilité alléguée réservée à l'hébergeur.

⁴⁸ TGI Paris, référé, 22 juin 2007, J.-Y. Lafesse c/ Myspace ; décision disponible sur http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1965. Précision utile : cette ordonnance a toutefois été rendue sans que les défendeurs n'aient eu l'occasion d'être représentés.

⁴⁹ TGI Paris, 15 avril 2008, J.-Y. Lafesse c/ Dailymotion ; extraits essentiels de la décision disponibles sur [Juriscom.net : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1057>](http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1057).

Un indice, qui pesait beaucoup dans la voie de la qualification, pèse donc de moins en moins lourd : l'indice tenant au type de modération mis en place. En effet, si sur un site sur lequel tout un chacun pouvait poster son propre podcast, aucun contrôle des podcasts a priori n'était effectué, la LCEN du 21 juin 2004 était applicable, et le responsable du site engageait sa responsabilité en tant qu'hébergeur. Désormais, il convient donc de s'en tenir à un faisceau d'indices, mais nous ne nous attarderons pas davantage sur cette question de la distinction entre éditeur et hébergeur, qui pourrait faire l'objet de très longs développements.

En tout état de cause, le rapport d'information sur la LCEN, présenté par M. Dionis du Séjour et Mme C. Erhel quatre ans après l'adoption de la loi⁵⁰, donne le ton : « l'évolution de l'action d'hébergement suppose de légiférer rapidement, voire de façon urgente, pour fixer plus précisément les limites au sein desquelles le statut d'hébergeur, qui est un statut exonérateur de responsabilité, s'applique. Autant la loi doit être appliquée, autant elle doit régir une réalité. » Une précision s'impose toutefois : l'hébergeur ne bénéficie pas à proprement parler d'un « statut exonérateur de responsabilité », mais plutôt d'une responsabilité allégée.

b. Responsabilité

L'article 6-I-2 de la LCEN prévoit que les hébergeurs « ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. »

L'hébergeur bénéficie donc, selon les différentes formules, d'une « irresponsabilité conditionnelle »⁵¹, d'une « responsabilité amoindrie »⁵², d'une responsabilité limitée. Ainsi, l'hébergeur n'est responsable que s'il n'a pas agi promptement pour retirer un contenu manifestement illicite ou un contenu dont il a eu connaissance de l'illicéité ou bien par la procédure de notification, ou bien par une décision judiciaire (article 6-I-2 de la LCEN). Un jugement du Tribunal de grande instance de Toulouse, le 13 mars 2008⁵³, a estimé que le fait que la responsabilité de l'hébergeur ne soit engagée que s'il a agi promptement à compter de la notification signifie qu'il a agi dans les 24 heures de la notification.

⁵⁰ J. DIONIS DU SEJOUR et C. ERHEL, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, 23 janvier 2008 ; rapport disponible sur le site de l'Assemblée Nationale : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i0627.asp>>.

⁵¹ Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet, CSPLA, Juillet 2008, page 32 (Président de la commission : P. SIRINELLI).

⁵² J. DIONIS DU SEJOUR et C. ERHEL, Rapport d'information précité, note 45.

⁵³ TGI Toulouse, Ord. de référé, 13 mars 2008, Krim K. / Pierre G., Amen.

Mais l'hébergeur, tout comme l'éditeur, peut aussi se voir condamné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, comme ce fut le cas le 7 mars 2007, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris. De même, la loi sur la liberté de la presse du 21 juillet 1881 ne peut être écartée : l'hébergeur n'est pas déchargé de toute responsabilité.

Dans le cadre du podcasting, l'hébergeur intervient plus pour stocker des podcasts d'amateurs. La limitation de sa responsabilité, lorsqu'il ne contrôle pas les contenus, paraît donc d'autant plus justifiée que le risque de podcasts illicites est élevé. En effet, les professionnels, comme les sociétés de radiodiffusion, sont éditeurs de leurs podcasts, qu'elles les ait créés elles-mêmes ou que ce soient les auditeurs qui les lui aient envoyés, puisque dans ce dernier cas, les sociétés de radiodiffusion ne prennent pas le risque de mettre en ligne des podcasts sans les avoir préalablement vérifiés.

Une fois les qualifications juridiques du podcasting et du podcast déterminées, le rôle et les responsabilités de chacun des acteurs reposent donc sur le droit de la propriété intellectuelle tel qu'il existe à ce jour, sans qu'une loi ne soit nécessaire pour inclure expressément le podcasting. Mais le droit actuel ne s'adapte pas forcément aussi bien quant à la mise en œuvre des droits du public.

Chapitre 2 – La mise en œuvre des droits du public

Cette mise en œuvre des droits doit être analysée au moment de l'exploitation du podcast par l'utilisateur (section 1), mais aussi un peu plus en amont, au moment de la mise en place des autorisations d'exploitation (section 2).

Section 1 – Les droits attachés à l'exploitation des podcasts

Les droits attachés à l'exploitation du podcast ne soulèvent pas les mêmes questions selon que l'utilisateur exploite le podcast en le lisant (sous-section 1), ou en le téléchargeant sur son ordinateur ou sur son baladeur (sous-section 2).

Sous-section 1 – Podcasting et lecture en streaming

Dans le cadre du podcasting, il est à noter que les actes de représentation et les actes de reproduction provisoire sont intimement liés (A). De cette relation naît nécessairement une responsabilité en cas de lecture en streaming d'un podcast illégal (B).

A. Les actes de représentation et de reproduction provisoire intimement liés

a. Mise en œuvre du droit de représentation...

La « diffusion en flux », plus couramment évoquée par son équivalent étranger, le terme « streaming », a été définie par le législateur français. Ainsi, selon le Journal officiel de la République française du 18 janvier 2005⁵⁴, la diffusion en flux est un « procédé permettant de diffuser un programme par l'Internet avant son téléchargement complet ».

Mais cette définition peut être complétée. Ainsi, le Lexique juridique de l'informatique et des médias⁵⁵ ajoute que « le streaming permet de diffuser en temps réel des séquences sonores ou audiovisuelles et d'ainsi pallier la faiblesse ou les variations du débit. Il permet par ailleurs d'éviter de mettre à la disposition des internautes l'intégralité du fichier transmis, les paquets de données étant supprimés au fur et à mesure de la lecture. Le streaming constitue donc un moyen de lutte, très relatif (car facilement contournable) contre la contrefaçon. »

Le streaming, qui permet de lire un contenu sans le reproduire sur son ordinateur, relève donc de prime abord du droit de représentation. En l'absence de qualification par la jurisprudence, R. Sermier et A. Emrich, dès 2002⁵⁶, ont admis que « cette diffusion en

⁵⁴ JORF 18 janv. 2005, texte n° 89, disponible sur legifrance.gouv.fr :

<http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/jopdf/2005/0118/joe_20050118_0014_0089.pdf>.

⁵⁵ Lexique juridique de l'informatique et des médias, dans Lamy Droit des médias et de la communication, novembre 2005, p.54.

⁵⁶ R. SERMIER et A. EMRICH, Les enjeux juridiques du streaming, Petites Affiches, 14 mai 2002, n° 96, p.6-8, plus particulièrement p.6.

ligne constitue un nouveau mode de représentation, au sens de l'article L.122-2 du Code de la propriété intellectuelle. » Dans la même direction, A. et H.-J. Lucas⁵⁷ affirment que ce « vecteur numérique est bien entendu inclus dans la télédiffusion au sens de l'article L.122-2 [du Code de la propriété intellectuelle] d'où l'on déduira par exemple que le « streaming » (...) relève du droit de représentation. »

Mais en réalité, les informaticiens reconnaissent que les paquets de données ne sont pas supprimés au fur et à mesure de la lecture, mais un peu plus tard : ainsi, si l'utilisateur veut revoir le podcast qu'il vient de lire en streaming, il n'a pas besoin de renvoyer une demande au serveur : la mémoire tampon de son ordinateur lui retransmet directement le contenu. C'est également ce qu'a précisé V. Grynbaum dans son article Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information⁵⁸ : « Le plus souvent les procédés de streaming sont protégés dans la mesure où le contenu n'est chargé que dans la mémoire vive et disparaît une fois l'information consultée. » Et V. Grynbaum d'ajouter : « Ces copies éphémères ou temporaires de données sont indispensables au fonctionnement rationnel de l'informatique mais, parallèlement, sont susceptibles de mettre en cause le droit exclusif de reproduction sur les œuvres ou les objets protégés. »

b. ... simultanément au droit de reproduction provisoire

Il existe donc dans la pratique, malgré la lecture en flux continu, une phase de téléchargement du contenu, éphémère certes, mais existante. Or si la mémoire cache duplique l'information sur l'ordinateur de l'internaute, c'est que le streaming constitue un acte de reproduction provisoire. En effet, l'article L.122-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés », et le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique⁵⁹ de préciser : « Toute fixation matérielle de l'œuvre (numérisation, stockage sur le serveur, acte de téléchargement dans la mémoire vive, enregistrement sur le disque dur de l'utilisateur) constitue une reproduction de celle-ci. » Il apparaît donc clair que la fixation provisoire du contenu sur la mémoire vive de l'ordinateur constitue un acte de reproduction.

Pourtant, certains diffuseurs n'autorisent que l'utilisateur accède au contenu du podcast que par une lecture en streaming, et pas par téléchargement. Alors quel peut être l'intérêt de limiter la communication d'un podcast à sa lecture en streaming si l'utilisateur procède tout de même à un acte de reproduction ? L'utilisateur doit-il se faire céder le droit de représentation et le droit de reproduction, comme s'il téléchargeait le contenu ? Ou bien

⁵⁷ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, Paris, 2006, 3^{ème} édition, 1210 p., plus particulièrement p. 228, n° 287.

⁵⁸ V. GRYNBAUM, Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information, A propos de la Directive 2001/29/CE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le 13 décembre 2001 sur [juriscom.net](http://www.juriscom.net) : <<http://www.juriscom.net/pro/2/da20011213.pdf>>.

⁵⁹ Fiche du CSPLA sur son site Internet : < <http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/fichesddm.htm>>.

doit-on tout simplement considérer que cette hypothèse entre dans le cadre de l'application de l'exception pour copie privée ?

En réalité, la réponse est présente dans le Code de la propriété intellectuelle : l'article L.122-5 6° dispose en effet que « la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre. » En ce qui concerne les droits voisins, l'article L.211-3 5° énumère la même exception, remplaçant le terme « œuvre » par « objet protégé par un droit voisin », et ne précisant pas que l'exception est exclue dans le cas des logiciels et des bases de données. Dans le cas du podcast lu en streaming, la copie dans la mémoire vive recoupe ces éléments caractérisant l'exception : il s'agit bien d'une copie transitoire et accessoire, elle fait bien partie intégrante et essentielle du système, et elle a pour finalité évidente une utilisation licite du podcast. Les qualifications juridiques du podcast en logiciel ou base de données ayant été exclues, les articles L.122-5 6° si le podcast dans son entier constitue une œuvre audiovisuelle (qualification à analyser au cas par cas), et L.211-3 5° puisque le podcast constitue un vidéogramme ou phonogramme sont donc applicables en l'espèce : les auteurs et titulaires de droits voisins ne peuvent interdire cette copie provisoire, qui constitue une exception au monopole des ayants droit en matière de droit de reproduction.

Donc le podcast lu en streaming relève bien aussi du droit de reproduction, mais, faisant partie des exceptions légales liées à la problématique de la copie privée, il ne requiert aucune autorisation de reproduction de la part des ayants droit.

Pourtant, A. et H.-J. Lucas⁶⁰ proposent une conception différente : ils considèrent que plutôt que « d'appeler à la rescousse le droit de reproduction », il eut été plus pertinent de revoir la notion de droit de représentation, et d'inclure ainsi la fixation transitoire dans le calcul de la rémunération des ayants droit. Il s'agit d'une considération générale sur le streaming, d'une proposition intéressante, mais qui en pratique apporte peu : il résulte de la loi que le streaming relève du droit de représentation et du droit de reproduction, tout en ne nécessitant pas d'autorisation particulière des ayants droit pour la reproduction provisoire. Donc seule une autorisation de représentation est nécessaire. Si le législateur avait revu la notion de droit de représentation de façon à inclure la technique du streaming, seule une autorisation de représentation aurait été requise, comme c'est le cas de par la législation actuelle. La seule différence réside donc dans la rémunération des auteurs et titulaires de droits voisins : certes la rémunération des ayants droit est

⁶⁰ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, Paris, 2006, 3^{ème} édition, 1210 p., plus particulièrement p. 228, n° 287.

importante, mais un droit ne doit pas être issu d'un besoin de rémunération, mais il doit au contraire être mu, selon nous, par des impératifs de protection du patrimoine culturel.

En revanche, s'il est indéniable que la lecture d'un podcast en streaming relève du droit de représentation, il s'avère tout aussi certain que le droit français d'aujourd'hui ne nous permet pas de considérer le streaming uniquement comme un pan du droit de représentation. En effet, les condamnations pénales en cas de lecture par « diffusion en flux » d'un podcast illégal reposent sur la reproduction du contenu.

B. Responsabilités en cas de lecture en streaming d'un podcast illégal

a. La responsabilité pénale

Comme nous l'avons vu plus haut, l'hébergeur et l'éditeur peuvent être tenus pour responsables de la mise en ligne d'un podcast illégal. Mais dans cette partie consacrée à l'utilisateur, nous nous focaliserons sur un utilisateur qui visionne ou écoute son podcast en streaming, alors qu'une telle exploitation du podcast est illicite.

En effet, l'internaute qui lit un podcast illicite en streaming viole-t-il le droit de représentation, puisque le streaming relève de ce droit ? Ou viole-t-il d'autres droits, et à ce titre, n'est pas simple contrefacteur ?

Soulignons tout d'abord qu'un podcast mis en ligne sans autorisation constitue un délit de contrefaçon. En effet, l'article L.335-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros 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. » Or le podcasting étant un phénomène récent, dans la grande majorité des cas, des autorisations spécifiques sont à demander avant de mettre en ligne un podcast. Mais l'utilisateur, qui par définition ne met pas sur la toile le podcast, mais ne fait que le lire, peut-il aussi être poursuivi pour complicité de contrefaçon ?

L'article 121-7 du Code pénal prévoit qu'« est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. » Or l'internaute, qui ne « poste » pas le contenu violant les droits de propriété intellectuelle, n'aide pas sciemment à la commission de l'infraction, et n'en facilite pas la préparation ou la consommation. L'utilisateur ne peut donc être complice de contrefaçon.

Toutefois, il n'échappe pas à toute responsabilité s'il sait qu'il lit un contenu protégé dont les autorisations des ayants droit n'ont pas été requises et obtenues. En effet, l'article 321-

1 du Code pénal précise que le recel est notamment le fait de détenir une chose « en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. » Or, bien que la lecture en streaming du podcast relève du droit de représentation, une copie temporaire est réalisée sur la mémoire cache de l'ordinateur de l'utilisateur. Si une telle copie provisoire n'est pas analysée comme relevant du droit de reproduction, mais comme une exception du droit de représentation, il n'en demeure pas moins qu'une copie du contenu transite sur l'ordinateur de l'internaute. L'espace d'un instant, l'utilisateur « détient » le contenu protégé provenant du délit de contrefaçon. Il s'avère donc logiquement receleur. De même, l'article ajoute que constitue « un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. » Donc si l'utilisateur sait que le podcast est le fruit d'un délit de contrefaçon, il est en tout état de cause receleur, même dans le cas de la « diffusion en flux ».

Mais cette solution peut être critiquée : si l'utilisateur ne détient le contenu litigieux que quelques secondes, voire quelques minutes, il encourt les sanctions prévues pour le recel, à savoir cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende⁶¹. La peine serait donc plus lourde pour l'utilisateur qui est qualifié de receleur pour quelques instants de passage du contenu en mémoire cache, avant effacement, que pour le contrefacteur qui met en ligne le contenu protégé sans se soucier des autorisations à obtenir.

C'est pourquoi les tribunaux sont hésitants sur la qualification de receleur de la personne visionnant ou écoutant en streaming son podcast. Certes, s'il sait que le podcast n'est pas licite, le receleur n'est pas à protéger outre-mesure. Mais la peine s'avère tout de même lourde comparée à celle du contrefacteur du podcast. Le 5 janvier 2005, la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶² n'a pas souhaité retenir la qualification de « receleur » à l'encontre d'un internaute ayant visionné un contenu illicite en streaming. En revanche, un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 24 mars 2005⁶³, a retenu une telle qualification. La jurisprudence en est encore à la construction de son nid ; il faudra attendre d'autres décisions.

A l'inverse, si l'utilisateur ne sait pas que le podcast qu'il regarde ou écoute est illicite, et si la preuve peut en être rapportée, il ne pourra pas en être responsable.

b. La responsabilité civile

La responsabilité civile ne peut être écartée. Ainsi, comme en tout domaine, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », selon les termes de l'article 1382 du Code civil. Dans ce cas, il faudra prouver une faute, un dommage, et un lien de causalité entre la faute et le

⁶¹ Article 321-1 du Code pénal.

⁶² Cass. Crim., 5/01/2005, n°04-82524, affaire Jean Luc X.

⁶³ CA Paris, 24/03/2005, AJ Pénal 2006, p.39.

dommage. Si l'utilisateur savait que le podcast qu'il lisait était illégal, la faute peut être constituée. Le dommage pour les ayants droit peut être un manque à gagner par exemple. Et le lien de causalité ne sera pas l'élément le plus difficile à prouver. De même, l'article 1383 du même code ne peut pas être éludé : celui qui a causé un dommage par sa négligence ou son imprudence doit le réparer. Ainsi, si l'utilisateur n'a pas agi avec prudence, s'il n'a pas vérifié un minimum d'éléments pour s'assurer de la légalité du podcast qu'il voulait lire, l'article 1383 pourra lui être appliqué.

En outre, le droit commun en général trouve à s'appliquer. Ainsi par exemple, s'il est prouvé que le visionnage du podcast illicite par l'utilisateur a porté atteinte à la vie privée d'une personne (article 9 du Code civil), l'utilisateur devra en répondre.

Mais outre l'exploitation sous forme de lecture en « diffusion en flux », la « diffusion pour baladeur » offre surtout la possibilité de téléchargement sur l'ordinateur ou le baladeur. Or la question du téléchargement se charge d'un sens particulier dans le cadre du podcasting.

Sous-section 2 – Podcasting et téléchargement

Le téléchargement en matière de podcasting peut s'analyser comme relevant d'un véritable droit à la copie privée (A). Toutefois, si l'utilisateur télécharge un podcast illégal, sa responsabilité peut être engagée (B).

A. Le téléchargement du podcast, un droit à la copie privée

a. L'acte de téléchargement

L'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose, au sujet des droits d'auteur, que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Pour les droits voisins, l'article L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle énonce les mêmes dispositions : « les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire (...) les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ; les reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ». Ces articles semblent ne pas poser de difficulté particulière dans le cadre du podcasting. Pourtant, une question peut d'ores et déjà venir troubler la quiétude de cette exception aux droits d'auteur et droits voisins : qui réalise la copie du podcast ? Est-ce l'internaute lui-même, ou le diffuseur qui copie l'original ? Que l'utilisateur consulte un podcast sur un site et le télécharge, ou qu'il soit abonné à un flux RSS grâce auquel le podcast est téléchargé automatiquement, c'est toujours l'ordinateur de l'utilisateur qui réalise l'action de copie du podcast. L'internaute, qui est donc le copieur, ne peut pas se voir interdire par l'auteur ou le titulaire de droits voisins la reproduction du podcast à des fins privées, c'est-

à-dire pour un visionnage ou une écoute seul ou dans le cadre restreint du cercle de famille.

Mais cet acte de téléchargement relève, bien plus que d'une possibilité qui ne peut être exclue par l'auteur ou le bénéficiaire de droits voisins du droit d'auteur, d'un véritable droit, qui n'est pourtant pas prévu par la loi...

b. Entre téléchargement et copie privée : la mise en œuvre d'un véritable droit

La question de la copie privée n'est pas spécifique au podcasting. Toutefois, elle prend une signification particulière dans ce domaine, où le téléchargement fait partie du système. La doctrine et les tribunaux se sont penchés majoritairement sur la copie privée via des supports physiques, mais le principe en lui-même n'attend pas de distinction selon que le contenu est reproduit à partir d'un support physique ou pas.

La copie privée dont il est question dans le Code de la propriété intellectuelle, à l'article L.122-5 concernant le droit d'auteur, et à l'article L.211-3 concernant les droits voisins du droit d'auteur, est une copie réalisée dans le cadre du cercle de famille, maintes fois défini. L'essentiel n'étant pas de revenir sur tous les tenants et aboutissants de la copie privée en général, nous pouvons reprendre une définition du « cercle de famille », donnée par la cour d'appel de Paris le 4 avril 2007⁶⁴ : « L'usage privé ne saurait être réduit à un usage strictement solitaire de sorte qu'il doit bénéficier au cercle de proches, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens de famille ou d'amitié. » Il est également entendu que le copiste est une personne physique⁶⁵, et qu'il a été précisé au fur-et-à-mesure du développement de la notion que la source de la copie devait avoir été obtenue de façon licite⁶⁶. Mais il s'avère plus intéressant de s'attarder sur la qualification de la copie privée dans le cadre du podcasting.

Ainsi, aux termes de la loi et sous la plume d'une partie de la doctrine, la copie privée visée par les articles L.122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle n'est qu'une exception. Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle renvoie, à l'article L.122-5, aux « exceptions énumérées ci-dessus » et, à l'article L.331-8, à « l'exception pour copie privée ». Ce sont déjà les termes qu'avaient utilisé les députés européens et les membres

⁶⁴ CA Paris, 4^{ème} chambre, section A, 4 avril 2007, affaire dite « Affaire Mulholland Drive », Propr. intell. 2007, 320, obs. A. Lucas ; CCE, 2007, n°68, note C.Caron, arrêt disponible sur le site du Forum des droits sur l'Internet : < <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/ca-par20070404.pdf>> ; Conseil d'État, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques, 11 juillet 2008, disponible sur post-scriptum : < <http://www.p-s.fr/index.php?post/2008/07/12/Conseil-dEtat-Syndicat-de-lIndustrie-de-Materiels-Audiovisuels-Electroniques2>>.

⁶⁵ Voir article 5-2° de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

⁶⁶ Voir notamment Cass.Crim., 30 mai 2006, motifs, D. 2006 ; AJ, 1684, note J. Daleau et 2676, note E. Dreyer ; JCP, 2006, II, 10124, note C.Caron ; RLDI, juillet-août 2006, p.80, chron. A. Bensamoun.

du Conseil de l'Union européenne dans la directive du 22 mai 2001⁶⁷, employant l'expression : « exception ou limitation pour copie privée ». Mais si l' « exception » existe dans le domaine du podcasting, alors nous pouvons penser que la règle réside dans la lecture en streaming du contenu, et que le téléchargement n'est qu'une exception qui ne peut être interdite par l'auteur et les titulaires de droits voisins. Or un tel schéma ne semble pas viable au vu de la caractéristique essentielle du podcasting : le transfert du podcast sur un baladeur, d'où le nom officiel de « diffusion pour baladeur ».

Pourtant, la jurisprudence a elle aussi considéré ce point comme une exception au droit des auteurs et des titulaires de droits voisins. Lorsque le Professeur Benabou, dans son article *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive*⁶⁸ commente l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 22 avril 2005, elle met le doigt sur cette exception, précisant que son « étendue s'avère particulièrement large et [s]a vigueur insoupçonnée. » Mais il n'en demeure pas moins que la copie privée est bel et bien qualifiée d' « exception », même si, selon le Professeur Benabou, l'arrêt cache en réalité un droit à la copie privée, démontré notamment au sujet du pré-paiement pour copie privée par l'acquisition du support d'origine. Le coup de sifflet final est donné le 19 juin 2008 par la première chambre civile de la Cour de cassation⁶⁹, lorsqu'elle affirme que l'exception pour copie privée ne peut être invoquée à titre principal. Si un utilisateur ne peut reproduire un podcast sur son baladeur pour des raisons techniques, il ne pourra donc pas invoquer l'exception de copie privée à titre principal devant les juges. L'intérêt du podcasting serait bien amoindri si une telle solution devait faire jurisprudence et se généraliser à tous les supports. Car l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 avril 2005 rappelle tout de même cette volonté du législateur national de ne pas faire de « distinction quant aux supports à partir desquels ou sur lesquels la copie privée peut s'exercer ou vise expressément les supports numériques. »

De même, nombreux sont les auteurs qui considèrent que les articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle posent une exception au droit d'auteur et aux droits voisins. Ainsi, selon F. Pollaud-Dulian⁷⁰, « il ne s'agit là que d'une exception et non d'un droit à la copie privée ou d'une borne naturelle dans la définition du droit de reproduction. » A. et H.-J. Lucas, par exemple, estiment également qu'il s'agit d'une

⁶⁷ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, considérant 39, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

⁶⁸ V.-L. BENABOU, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulholland Drive*, 30 mai 2005, disponible sur le site [juriscom.net](http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703) : < <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703>>.

⁶⁹ Cass.Civ.1^{ère}, 19 juin 2008, *Universal Music Video France et autres c/ Stéphane P., UFC Que Choisir*, disponible sur [legalis.net](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2357) : < http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2357>.

⁷⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica Corpus, Paris, 2005, 1052 p., plus particulièrement p. 491, n° 761.

exception⁷¹. Enfin, Y. Gaubiac⁷² formule clairement l'explication qui rend le plus compte de la problématique de la copie privée quant au podcasting : « une exception ne peut avoir pour objet de couvrir une forme majeure d'exploitation réelle ou potentielle. Elle est nécessairement marginale. » Comment la reproduction d'un podcast pourrait-elle être considérée comme une exception marginale ? En effet, en droit, les articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle doivent aussi s'appliquer au podcasting, mais dans les faits, l'application de ces articles, vus comme de véritables exceptions, s'avère tout simplement improbable.

Si la copie privée ne constitue qu'une exception, qu'une borne au droit de reproduction, et non un droit, la diffusion pour baladeur devient-elle une technique incitant et même ne servant qu'à bafouer cette exception, pour entrer vivement dans le monde de la contrefaçon ?

Une interprétation plus souple a été faite par Y. Gaubiac également, mais avec Y. J. Ginsburg, des articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle : la copie privée serait une « tolérance »⁷³. Une telle interprétation semble moins inadmissible concernant le podcasting, mais pourtant tout autant inadaptée : la possibilité de reproduire un podcast ne doit pas être une simple tolérance, la base doit être moins fragile.

D'autres auteurs ont estimé que la copie privée n'était pas une exception, au même titre qu'elle n'était pas un droit : la copie privée serait une liberté. C'est ainsi que les termes ont été analysés par P. Gaudrat et F. Sardain⁷⁴. Ceux-ci précisent en effet que la copie privée ne procède pas « d'un droit subjectif attribué au public », et qu'« il ne fait aucun doute que la loi n'octroie aucun droit de copie à l'amateur. La rédaction de l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle est non ambiguë : il dit que l'auteur ne peut interdire... ; il ne dit pas que l'amateur a le droit de réaliser une copie privée. » En outre, la copie privée ne peut être considérée comme une exception puisqu'il n'existe pas ici de droit exclusif de l'auteur, mais doit être considérée comme une « limite naturelle du droit d'exploitation ». La copie privée, selon P. Gaudrat et F. Sardain, est donc « une limite inhérente à la propriété littéraire et artistique, telle qu'elle se construit pierre à pierre depuis quatre siècles, telle que la codifia le législateur en 1957, intégrant expressément sa dimension culturelle spécifique. » Et plus qu'une limite, c'est une liberté. P. Sirinelli⁷⁵ avait aussi vu dans la copie privée une liberté. Là encore, la copie privée en tant que liberté serait admissible pour le podcasting, mais il est indispensable d'aller plus loin : la

⁷¹ A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, Paris, 2001, 2^{ème} édition, p. 253, n° 292 et p.267, n° 315.

⁷² Y. GAUBIAC, Dimension de la copie privée dans le monde numérique de la communication, CCE n° 6, Juin 2008, étude 14.

⁷³ Y. GAUBIAC et J. GINSBURG, L'avenir de la copie privée numérique en Europe, CCE 2000, Chr. 1, I.

⁷⁴ P. GAUDRAT et F. SARDAIN, De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, CCE n° 11, Novembre 2005, p. 37.

⁷⁵ P. SIRINELLI, Propriété littéraire et artistique, Mémento Dalloz, Paris, 2004, 2^{ème} édition, 226 p., plus particulièrement p. 72.

copie privée en matière de podcasting est bien plus qu'une liberté, elle est un véritable droit, qui dépasse le cadre des articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'interprétés ci-dessus.

Dans ce sens, une proposition de loi, intitulée « proposition de loi visant à interdire le recours à des mesures de protection du CD et DVD ayant pour effet de priver les utilisateurs du droit à la copie privée », enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2003⁷⁶, a interprété largement les articles du Code de la propriété intellectuelle en traitant du « droit reconnu à la copie privée par la loi de juillet 1985 », et du « droit des consommateurs à la copie familiale et privée sans but lucratif ». De même, certains auteurs ont déjà considéré la copie privée comme un droit, quel que soit le support concerné. Ainsi, P-Y Gautier⁷⁷, en 2001, a affirmé que « la copie privée est un droit de l'utilisateur et point une simple tolérance de l'auteur. » Si, aux termes du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que les auteurs et titulaires de droits voisins « ne peuvent interdire » la copie privée, cette interprétation paraît trop extensive, elle n'en demeure pas moins bien plus adaptée au fonctionnement du podcasting. S. Woëhling, en 2005, avait également introduit la notion de copie privée en tant que « droit du consommateur », comme le revendiquaient les associations de consommateurs⁷⁸.

Mais l'interprétation la plus pertinente pour ce qui nous concerne est celle du « droit sous condition ». Ainsi, G. Vercken et M. Vivant, dans leur commentaire du jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 30 avril 2004 sur l'affaire Mulholland Drive, avaient noté « un droit (subjectif) du public »⁷⁹, qu'ils ont qualifié de « droit sous condition ». En effet, selon ces auteurs, « c'est bien un droit sous condition que décrit [le tribunal] : un droit « circonscrit » et devant être mesuré à l'aune du « triple test » ».

Le triple-test serait-il donc le cœur de la solution ? Si l'on considère que la copie privée, dans le cadre du téléchargement d'un podcast, ne peut être une simple exception, tolérance voire liberté, si l'on considère que la copie privée est un droit, alors l'utilisateur retrouve ce lien privilégié qui l'unit au podcast et à son baladeur, tout en n'étant pas le roi du monde, et en devant respecter le podcast et ses acteurs. Le triple-test trouve donc ici une réelle justification à son intrusion en droit français.

⁷⁶ Proposition de loi n° 1173 visant à interdire le recours à des mesures de protection du CD et DVD ayant pour effet de priver les utilisateurs du droit à la copie privée, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2003, disponible sur le site de l'Assemblée nationale : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1173.asp>>.

⁷⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, 6^{ème} édition, 983 p., plus particulièrement p. 390, n° 338.

⁷⁸ S. WOËHLING, *Position de l'UFC Que Choisir sur la copie privée*, CCE, 2005, étude 27.

⁷⁹ A propos de l'affaire Mulholland Drive, TGI Paris, 30 avril 2004 : note Gilles Vercken et Michel Vivant, *Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée*, Légipresse, n°214, septembre 2004, III, p. 148.

En effet, si la copie privée est un droit de l'utilisateur, mais qu'une limite – légère – est posée par le triple-test, alors l'utilisateur peut reproduire à sa guise, pour en faire un usage privé, le podcast sur son ordinateur ou son baladeur, tout en veillant bien à ne pas « porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »⁸⁰. Interprété comme un « droit sous condition », la copie privée, qui est de l'essence même du podcasting, permet à tous les acteurs de tirer le meilleur parti de la technique. Si une des conditions n'est pas remplie, alors l'utilisateur peut être reconnu coupable de contrefaçon.

Outre la copie privée, un utilisateur personne morale ou non (un site par ex.) peut être autorisé par contrat à reproduire, représenter et communiquer au public un podcast. Mais ces cas ne posent pas de difficultés puisqu'en vertu de l'article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Une question doit, en dernier lieu, être posée : si la copie privée n'est plus une exception, mais un droit reconnu aux utilisateurs de podcasts, est-il nécessaire de maintenir la rémunération pour copie privée prévue par l'article L.311-1 du Code de la propriété intellectuelle ? Cette interrogation nécessiterait d'ouvrir des débats entre professionnels et ayants-droit ; néanmoins, il ne semble pas indispensable de la lever si le podcast devait être régi par un droit à l'exception pour copie privée, puisqu'en tout état de cause, l'acte de reproduction, aussi légitime soit-il, doit pouvoir rapporter quelque peu aux ayants-droit. En outre, la rémunération, payable lors de l'achat du baladeur si la Commission « copie privée » la réinsère en bonne et due forme dans le paysage de la rémunération pour copie privée⁸¹, sert à tout contenu transféré sur le baladeur, donc il serait techniquement impensable de ne pas attribuer de rémunération à la copie privée d'un podcast, et d'en

⁸⁰ Article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸¹ La Commission « copie privée », dans sa décision n° 7 du 20 juillet 2006 prévue à l'article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle relative à la rémunération pour copie privée, a prévu que « sont éligibles à la rémunération due au titre des articles L. 311-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle les mémoires et disques durs intégrés à un baladeur ou à un appareil de salon dédiés à la fois à l'enregistrement numérique des phonogrammes et des vidéogrammes ». Mais dans sa décision n° 298779 du 11 juillet 2008, le Conseil d'Etat a annulé la décision de la commission, considérant notamment que la rémunération pour copie privée « est une modalité particulière d'exploitation des droits d'auteur, fondée sur la rémunération directe et forfaitaire, par les personnes qui mettent en circulation, en France, certains supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes, des sociétés représentant les titulaires des droits d'auteur ou de droits voisins ; qu'il résulte des dispositions précitées que la rémunération pour copie privée a pour unique objet de compenser, pour les auteurs, artistes-interprètes et producteurs, la perte de revenus engendrée par l'usage qui est fait licitement et sans leur autorisation de copies d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes à des fins strictement privées ; que par suite, contrairement à ce que soutient le ministre de la culture et de la communication, la détermination de la rémunération pour copie privée ne peut prendre en considération que les copies licites réalisées dans les conditions prévues par les articles L. 122-5 et L. 311-1 du code de la propriété intellectuelle précités, et notamment les copies réalisées à partir d'une source acquise licitement ». La rémunération sur les baladeurs fera donc sans doute l'objet d'une nouvelle décision de la commission, avec un autre mode de calcul.

attribuer à la copie privée d'autres contenus, alors que tous seront téléchargés sur le même support.

Quoiqu'il en soit, la copie privée ne peut permettre toute forme de débauche, et des sanctions doivent être prononcées dans certains cas.

B. Responsabilités en cas de téléchargement d'un podcast illégal

a. Le possible engagement de la responsabilité pénale

L'utilisateur qui télécharge un podcast illégal ne peut le faire sans être inquiet, tout comme l'utilisateur qui lit un podcast illégal en streaming. Ainsi, quid de l'utilisateur qui télécharge un podcast pour lequel le diffuseur n'a obtenu aucune autorisation ? Quid de l'utilisateur qui télécharge un podcast dont le contenu est manifestement illicite ?

Si l'utilisateur sait qu'il télécharge un contenu protégé dont les autorisations des ayants droit n'ont pas été obtenues, l'article 321-1 du Code pénal trouve à s'appliquer, puisqu'il détient une chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit : l'utilisateur est alors receleur. A ce titre, il encourt, aux termes de l'article 321-1 du Code pénal, 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. De même, si l'utilisateur transmet ce contenu, il est receleur.

En revanche, si l'internaute télécharge un podcast tout à fait licite, mais pour lequel il n'a qu'une autorisation de représentation, il s'expose alors de façon classique à la sanction de la contrefaçon.

Mais si une sanction pénale peut être prononcée en matière de téléchargement d'un podcast illégal, la complicité doit tout de même être exclue de ce domaine.

b. L'exclusion de la complicité

Si l'utilisateur télécharge un podcast dont il ignore tout de l'illégalité, et au moment de le lire, s'aperçoit qu'il a téléchargé un podcast dont il ne peut ignorer plus longtemps l'illicéité, la qualification de receleur ne peut s'appliquer à son cas. Peut-il alors être considéré comme complice de l'infraction puisqu'il dispose désormais du produit de cette infraction, et a contribué à son succès ? L'article 121-7 du Code pénal définit le complice comme étant celui qui « sciemment, par aide ou assistance (...) a facilité la préparation ou la consommation » du crime ou du délit, ou la personne qui « par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Or un internaute qui télécharge un podcast illégal n'en a pas pour autant été une force morale ou matérielle pour aider à commettre l'infraction. L'internaute ne pourra donc être considéré comme complice de l'auteur du

podcast illicite. Mais avant d'en arriver à la sanction, il est nécessaire de déterminer les conditions d'utilisation.

Section 2 – La mise en place concrète des autorisations d’exploitation

Deux solutions permettent de mettre en place les autorisations d’exploitation : la voie contractuelle (sous-section 1) et la voie de la licence (sous-section 2).

Sous-section 1 – Les solutions contractuelles pour l’exploitation des podcasts par le public

Les solutions contractuelles les plus rencontrées dans la pratique sont le recours aux licences Creative Commons (A) et la publication de conditions générales d’utilisation (B).

A. Les licences Creative Commons

a. La facilité d’exploitation des podcasts diffusés sous licences Creative Commons

Définies par Sandrine Rouja⁸² comme étant des « licences à personnaliser pour la mise en ligne des fichiers audio, vidéo, image ou texte par ses auteurs », ces licences permettent aux utilisateurs des contenus auxquelles elles s’appliquent de comprendre simplement leurs droits, grâce à des symboles leur évitant de lire les mentions légales en entier. En effet, le système de Creative Commons est prévu pour que tout un chacun sache quels sont les autorisations qui lui sont données à l’avance.

Ainsi, grâce à un système d’options combinées choisies par l’auteur du podcast, six licences peuvent accompagner un contenu. L’utilisateur qui veut exploiter un podcast diffusé sous licence Creative Commons se verra donc autorisé, au minimum⁸³, à « reproduire l’Œuvre, incorporer l’Œuvre dans une ou plusieurs Œuvres dites Collectives et reproduire l’Œuvre telle qu’incorporée dans lesdites Œuvres dites Collectives », à « distribuer des exemplaires ou enregistrements, présenter, représenter ou communiquer l’Œuvre au public par tout procédé technique, y compris incorporée dans des Œuvres Collectives » et à « lorsque l’Œuvre est une base de données, extraire et réutiliser des parties substantielles de l’Œuvre. » Ces autorisations, qui peuvent être plus nombreuses en fonction de la licence choisie (elles peuvent aussi intégrer le droit de créer et reproduire des œuvres dérivées et le droit de distribuer des exemplaires ou phonogrammes, présenter, représenter ou communiquer au public des œuvres dérivées par tout procédé technique) valent pour toute la durée de protection du podcast par le droit de la propriété littéraire et artistique et pour le monde entier, à titre gratuit et non-exclusif.

Mais dans ces licences générales, le terme « œuvre » s’avère toutefois peu adapté au podcasting, puisque si les podcasts sont des phonogrammes et des vidéogrammes, on ne peut les désigner de façon générique par le terme « œuvres ». Mais est-ce parce que le

⁸² S. ROUJA, Creative commons : une licence de droits d'auteur pour favoriser le partage du patrimoine intellectuel, 1^{er} déc. 2004, juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=606>>.

⁸³ En vertu des articles 3 des différentes licences Creative Commons adaptées au droit français ; licences disponibles sur le site Creative Commons : <<http://fr.creativecommons.org/contrats.htm>>.

terme « œuvre » est utilisé qu'il ne faut pas accepter la validité de ces licences dans le domaine du podcasting ?

Les six licences prévoient dans leurs articles 3 que « les droits mentionnés (...) peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats. » A priori, il n'existe donc pas d'autre raison que l'emploi du nom « œuvre » dans les licences de ne pas les appliquer au podcasting. Mais ce terme « œuvre » s'avère tout de même être un problème, un contrat, aussi général soit-il, se devant d'être juste et précis dans les définitions des termes. Aux États-Unis, les licences Creative Commons s'appliquent bien au podcasting : elles sont courantes, et un Guide Légal du Podcasting, rédigé par des professionnels du droit, a vu le jour en 2006⁸⁴. En France, certains sites les utilisent, comme le site arteradio.com⁸⁵, répondant au droit français, qui souhaite une diffusion libre et gratuite de ses créations et reportages.

Les licences Creative Commons ne sont pas strictement adaptées au podcasting, il convient donc de les manier avec précaution. Mais outre cette difficulté, les risques qui existent en général avec ces licences se rencontrent aussi dans le domaine du podcasting.

b. Les limites inhérentes aux licences Creative Commons, risque pour le public utilisateur

S. Rouja, dans son article Creative commons : une licence de droits d'auteur pour favoriser le partage du patrimoine intellectuel⁸⁶ a justement précisé que « l'application des droits d'auteur traditionnels peut toujours venir se superposer aux contrats conclus sous CC [Creative Commons] afin que l'auteur autorise au cas par cas ce qu'il n'a pas admis à grande échelle, comme l'exploitation commerciale ou les œuvres dérivées. ».

Cette notion est primordiale : l'application du Code de la propriété intellectuelle ne peut être écartée par ces licences Creative Commons. Certes, une telle application peut s'avérer favorable à l'utilisateur, qui peut obtenir une extension à titre individuel des droits conférés par la licence Creative Commons. Mais cette réalité en appelle une autre : non seulement le Code de la propriété intellectuelle demeure applicable, mais le droit français dans son ensemble ne peut pas non plus être bafoué. Or quid du droit au respect de la vie privée proclamé par l'article 9 du code civil ? Quid du droit exclusif de chaque personne sur son image ? Quid du droit commun dans son ensemble ? Quid du droit des marques ? La liste peut être longue.

⁸⁴ Guide disponible à l'adresse suivante :

<http://wiki.creativecommons.org/Welcome_To_The_Podcasting_Legal_Guide>.

⁸⁵ Voir sur le site : <<http://www.arteradio.com/creativecommons.html>>.

⁸⁶ S. ROUJA, Creative commons : une licence de droits d'auteur pour favoriser le partage du patrimoine intellectuel, 1^{er} déc. 2004, juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=606>>.

En effet, si l'on admet que la personne qui met en ligne un podcast sous licence Creative Commons a obtenu toutes les autorisations nécessaires de toutes les personnes concernées pour proposer son podcast sous ce type de licence, il n'en demeure pas moins que les licences Creative Commons éclairent sur le droit de la propriété littéraire et artistique, mais ne donnent aucune garantie sur les autres autorisations nécessaires à l'exploitation du podcast. Il s'avère donc risqué pour l'utilisateur de distribuer un podcast dans lequel des droits autres que ceux garantis dans la licence Creative Commons sont en jeu. Il n'est en effet à l'abri d'aucune plainte de tiers en lien avec le contenu distribué.

Ces licences Creative Commons sont donc pratiques, simples, mais pas toujours idéales pour le podcasting. Une autre solution apparaît plus proche des exigences du podcasting, même si elle n'a rien de général : c'est de préciser tous les droits transmis ou non à l'internaute dans les conditions générales d'utilisation du site sur lequel le podcast est mis en ligne.

B. Les conditions générales d'utilisation

Les sites des radiodiffuseurs et des télédiffuseurs proposent des paragraphes spécifiquement consacrés au podcasting dans leurs conditions générales d'utilisation ou leurs mentions légales. En revanche, sur les sites plus généralistes susceptibles d'héberger ou éditer des contenus podcastés et sur les plates-formes communautaires, rares sont les allusions aux podcasts. Lorsque les conditions générales d'utilisation mentionnent le podcasting, il en ressort des autorisations très strictes (a), et d'importantes clauses de garantie pour ce nouveau mode de communication (b).

a. Des autorisations pour les caractéristiques essentielles du podcasting

Dans les conditions générales d'utilisation, les paragraphes consacrés au podcasting accordent aux utilisateurs deux droits : le droit de reproduction, et le droit de représentation. Ainsi, par exemple, les mentions légales de RTL⁸⁷ prévoient que « dans le cadre du Service, RTLNet accorde aux internautes une autorisation strictement personnelle, incessible, non-transférable, gratuite et non-exclusive de :

- reproduire par téléchargement les contenus proposés dans le cadre du Service exclusivement sur leur ordinateur et/ou baladeur numérique et ce pour une utilisation strictement personnelle, privée et non-commerciale ;

- représenter les contenus proposés dans le cadre du Service sur leur ordinateur et/ou baladeur numérique à des fins strictement personnelles, privées et non-commerciales, et ce, sous réserve de respecter l'intégrité des contenus proposés dans le cadre du Service

⁸⁷ Mentions légales disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.rtl.fr/mentions.asp>>.

(contenu sonore et/ou données associées) et de s'abstenir de toute action susceptible d'y porter atteinte. »

Ces conditions générales sont classiques au sujet du podcasting⁸⁸. Concernant le droit de reproduction, elles reprennent en réalité l'exception prévue aux articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, cet article prévoit que l'auteur ou le bénéficiaire de droits voisins ne peut interdire la reproduction strictement réservée à l'usage privée et non destinée à une utilisation collective. Mais comme nous l'avons vu, cette exception prévue par la loi, pour le podcasting, devrait être bien plus qu'une exception : un droit. Or par le biais du contrat, les sites ont évacué le problème de l'exception, autorisant les utilisateurs à copier tous les podcasts des sites en question. Avec une telle autorisation, même si le champ d'application n'est pas élargi par rapport à la loi, cette possibilité n'est plus une simple exception légale, mais un véritable droit donné via le contrat. Voici donc une avancée, qui donne une importance particulière à la voie contractuelle en matière de podcasting.

En outre, concernant le droit de représentation, les articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle disposent que l'auteur et le bénéficiaire de droits voisins ne peuvent s'opposer à la représentation privée et gratuite effectuée exclusivement dans un cercle de famille. Les mentions légales, en précisant que les contenus proposés peuvent être représentés à des fins strictement personnelles, privées, et non-commerciales, reprennent donc aussi la loi, et la reprennent d'avantage puisqu'elles y intègrent des éléments du droit moral touchant au respect du contenu protégé. Cette clause présente dans la plupart des conditions générales d'utilisation lorsque les sites proposent des podcasts s'avère donc importante, mais elle ne présente toutefois pas un intérêt exceptionnel, étant donné la simple reprise de la loi.

Tous les autres droits qui pourraient être accordés à l'utilisateur, comme les droits de publication, de distribution, d'adaptation, de mise à disposition, de traduction et/ou de transformation partielle ou intégrale de tout élément de programme, ainsi que les énumèrent les sites, ne sont pas autorisés à titre général. Pour pouvoir exploiter un podcast et le communiquer au public à son tour, une autorisation expresse est nécessaire. Le respect des contenus n'est donc pas bafoué sous un prétexte de diffusion via Internet ou de gratuité.

En outre, les clauses de garantie prévues dans les conditions générales d'utilisation sont rédigées de façon à responsabiliser l'utilisateur.

⁸⁸ Voir par ex. les conditions générales d'utilisation de TF1 : <<http://s.tf1.fr/mmdia/a/03/6/2173036.pdf>> ; de France 3 : <<http://regions.france3.fr/35225472-fr.php>> ; d'Europe 1 : <<http://www.europe1.fr/mentions-legales>> ; de Radio France : <<http://www.radiofrance.fr/services/rfmobiles/podcast/conditions.php?imp=1>>.

b. Des clauses de garantie importantes pour ce nouveau mode de communication

Les clauses de garantie, comme dans tout contrat, occupent une place importante dans les conditions générales d'utilisation des podcasts. Certains aspects de ces garanties sont classiques, d'autres plus spécifiques.

Ainsi, les conditions générales d'utilisation de France 3⁸⁹ prévoient que « l'Utilisateur s'engage formellement à ne pas accéder ou tenter d'accéder au Service de podcast par un autre moyen que par l'interface du Service de podcast dont il bénéficie en tant que Utilisateur. » Si l'utilisateur lit en streaming ou télécharge un podcast de France 3 via une interface autre que l'officielle, alors il sait que le podcast qu'il écoute ou regarde n'est pas d'origine licite, et il met en jeu sa responsabilité. Mais en pratique, si l'utilisateur accède au podcast par une autre interface, il n'est pas contractuellement lié à France 3, puisque sans être allé sur la page web du télédiffuseur, il n'a pas accepté les conditions générales d'utilisation du site de France 3. La responsabilité mise en lumière ci-dessus⁹⁰ viendra donc s'appliquer.

Dans les conditions générales d'utilisation d'Univerpodcast.com⁹¹, une garantie spécifique aux sites sur lesquels toute personne peut poster son propre podcast est à noter : « Univerpodcast ne pourra en aucun cas être tenu pour responsable des contenus des podcasts (...) quels qu'ils soient (textes publiés, sons, vidéos, images, hyperliens, fichiers ou au autre contenu). » Dans une telle hypothèse, l'utilisateur sait qu'il lit un contenu « à ses risques et périls » : une telle clause peut donc le sensibiliser sur le fait que des droits sont attachés au podcast, mais qu'aucun droit ne lui est cédé par le site.

En outre, nombreux sont les sites qui ne donnent aucune garantie quant à l'exactitude des informations présentées dans les podcasts. Ainsi, Europe 1⁹², « décline toute responsabilité quant à l'exactitude et à la fiabilité des données diffusées sur le Service, sous quelque forme que ce soit. » Cette garantie n'est, contrairement à d'autres, pas là pour faire prendre conscience à l'utilisateur de la valeur du podcast, mais à l'inverse, elle semble décrédibiliser le podcasting, et le mettre de côté. Les clauses de garantie concernant le podcasting sont en effet souvent très disparates, et toute sorte de garantie y trouve sa place.

Les éditeurs de sites proposant des podcasts ajoutent également nombre de garanties communes à toute mise à disposition de contenus, comme l'obligation de moyen relative à la fourniture du service ou l'irresponsabilité en cas de dommages directs ou indirects

⁸⁹ Mentions légales concernant le Podcasting disponibles à l'adresse suivante : <<http://regions.france3.fr/35225472-fr.php>>.

⁹⁰ Chapitre 2, section 1.

⁹¹ Conditions générales d'utilisation à l'adresse suivante : <<http://univerpodcast.com/-Conditions-Generales-d.36-#lien143>>.

⁹² Mentions légales du site disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.europe1.fr/mentions-legales>>.

pouvant résulter d'erreurs, d'omissions ou de retards dans la transmission des contenus du service.

Ces garanties très variées sont le symbole de la difficulté à gérer les podcasts : puisque la loi n'a rien prévu de spécifique, il faut adapter le droit déjà existant, et prévenir par contrat les éventuelles difficultés avec les utilisateurs. Ainsi, même si en théorie le podcasting peut se rattacher au droit existant, dans la pratique, il est important de régler les détails pratiques non prévus de façon spécifique par le législateur dans des contrats.

Sous-section 2 – Les licences pour l'exploitation des éléments du podcast par ses créateurs

En France, les licences Podcasting n'en sont qu'à la conception. A l'étranger, certains pays ont déjà mis en place de telles licences (A). Il peut donc être intéressant de s'inspirer des points positifs des licences étrangères, et surtout de mesurer l'atout des licences forfaitaires (B).

A. Licences étrangères

A l'étranger, certaines sociétés de perception et de répartition des droits ont mis en place des licences pour le podcasting. Certaines pourraient en partie inspirer les Français (b), d'autres paraissent bien moins pertinentes (a).

a. Des licences critiquables

En Allemagne, la Société pour le droit d'exécution et de reproduction mécanique de musique (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, GEMA), qui gère les droits d'exploitation des producteurs de musique, a mis en place une licence qui s'adresse exclusivement au podcasting⁹³. L'Allemagne semble donc plus avancée que la France dans ce domaine. Toutefois, les conditions pour prétendre à cette licence s'avèrent très restrictives. En effet, la licence est mise à disposition des podcasteurs :

- qui n'effectuent aucune rentrée d'argent avec leurs podcasts, ou qui n'encaissent pas plus de 300 euros net par mois avec leurs podcasts ;

- dont les podcasts n'ont aucun lien avec une entreprise ou toute autre activité économique exploitant dans une optique d'obtention de bénéfices ;

- dont les podcasts sont proposés sous une, deux ou trois adresses URL ;

⁹³ Disponible sur le site de la GEMA : <<https://lizenzshop.gema.de/lipo/produkte/podcast/index.hsp>>.

- dont les podcasts ne paraissent pas plus d'une fois par jour ;
- dont les fichiers séparés (audio et/ou vidéo) des podcasts ne durent pas plus de 30 minutes ;
- qui créent un podcast dans lequel les œuvres musicales qui y sont intégrées et les chansons insérées et fondues dans le podcast ne peuvent être prises isolément ;
- dont les fichiers des podcasts ne contiennent pas d' ID-Tags ;
- dont les œuvres musicales occupent au maximum 50 % du podcast ;
- pour lesquels dans chaque fichier des podcasts, intervient au maximum 75 % de musique sur la longueur totale du fichier pris isolément ;
- dont les fichiers n'appartiennent pas tous à un seul artiste, et qui ne nomment ni les œuvres musicales, ni les interprètes dans la description des podcasts et les descriptions des fichiers séparés.

Peu de podcasteurs sont donc concernés, et les conditions à remplir s'avèrent strictes. Quid des entreprises qui utilisent les podcasts comme supports de promotion ? Quid des entreprises audiovisuelles qui proposent des podcasts à leurs auditeurs-internautes ? Quid de l'amateur qui met en ligne un podcast dont il nomme les œuvres musicales le composant ? Cette licence allemande, proposée à prix abordable, en fonction de différentes options, pour une durée de trois mois, laisse de côté beaucoup de podcasteurs. Or une licence dont l'usage est si limité peut n'être considérée que comme un début.

Aux États-Unis, l'American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) permet aux créateurs de podcasts d'obtenir des licences pour utiliser les œuvres du répertoire de l'ASCAP. Il s'agit de l' « ASCAP Experimental License Agreement for Internet Sites & Services – Release 5.0 »⁹⁴. Mais dès la définition des « Internet Site or Services », les difficultés apparaissent. En effet, l'ASCAP les définit comme étant « a site or service accessible via the Internet or a similar transmission facility from which audio content is transmitted to « Users » and from which « Users » may not download or otherwise select particular musical compositions, unless such compositions are sixty (60) seconds or less in duration »⁹⁵. Le podcast, d'après cette définition, serait donc couvert par la licence s'il n'était pas téléchargeable, à moins que la musique ne dure pas plus de

⁹⁴ Licence disponible sur le site de l'ASCAP : <<http://www.ascap.com/weblicense/release5.0.pdf>>.

⁹⁵ La définition du site ou service Internet est donc un site ou service accessible via Internet ou un service de transmission similaire duquel le contenu audio est transmis aux utilisateurs et que les utilisateurs ne peuvent pas télécharger ou sélectionner de quelque autre manière particulière des compositions musicales, à moins que les compositions ne durent que soixante secondes ou moins.

soixante secondes. Cette définition ne correspond pas aux caractéristiques essentielles du podcasting, et la suite de la licence ne correspond pas davantage à la technique du podcasting. Après en avoir demandé quelques éclaircissements à l'ASCAP, qui présente cette licence comme étant applicable au podcasting, voici la réponse : « If the podcast cannot be streamed in real time, then an ASCAP license is not necessary at the present time. » Cette licence, si elle ne concerne que la lecture en streaming en temps réel du podcast, n'est donc définitivement pas adaptée à cette technologie.

b. Des licences plus pertinentes

En Grande-Bretagne, la MCPS-PRS Alliance (la Mechanical-Copyright Protection Society – ou MCPS – gère les enregistrements et mises à disposition du public des musiques du répertoire et la Performing Right Society – ou PRS – gère la représentation, la diffusion, et toute autre mise à disposition du public des musiques du répertoire) a mise en place une véritable licence « podcasting »⁹⁶, classifiée parmi les licences « online ». Cette licence s'attache à définir toutes les notions que comporte le podcasting. Parmi les plus importantes, l'Alliance définit le service de podcasting de musique comme « a service (or the relevant part of a service) whereby Podcasts (as opposed to individual Musical Works) containing music may be communicated to the public via a Network to Users such that Users may retain a copy of such Podcast on their Data Storage Devices (whether permanently or temporarily). »⁹⁷ Cette définition correspond bien à la notion de podcasting telle que définie plus haut. En outre, si à première vue elle ne semble pas concerner la lecture en streaming d'un podcast, si elle était applicable en France, elle pourrait englober cette lecture grâce à la notion de reproduction provisoire et définitive. Mais elle est complétée d'une autre définition tout aussi importante : celle du « Podcast ». Selon l'Alliance, le Podcast est « a downloadable, audio only programme that contains both music and speech where the Podcast cannot be disaggregated into its individual tracks. »⁹⁸ Donc cette licence ne concerne que les podcasts sonores. Toutefois, deux autres licences sont proposées par la MCPS-PRS Alliance, plus générales sur les contenus en ligne, qui englobent aussi les podcasts audiovisuels : la « Joint Online Licence » et la « Limited Online Exploitation Licence ».

La licence spécifique au podcasting – sonore – accorde à l'utilisateur le droit de reproduction et le droit de communication au public. Le paiement de cette licence s'effectue pour une part selon un pourcentage défini, et pour une autre part, selon un

⁹⁶ Licence disponible sur le site de la PCPS-PRS Alliance : < <http://www.mcps-prs-alliance.co.uk/playingbroadcastingonline/online/Podcasting/Pages/podcasting.aspx>>.

⁹⁷ Le service de Podcasting de musique défini dans cette licence est entendu comme un service (ou la partie essentielle du service) par lequel les Podcasts (par opposition aux Œuvres Musicales individuelles) contenant de la musique peuvent être communiqués au public via un Réseau aux Utilisateurs de sorte que les Utilisateurs peuvent conserver une copie dudit Podcast dans leur appareil de stockage de données (que ce soit définitivement ou temporairement).

⁹⁸ Le Podcast, selon la définition de l'Alliance, est un programme téléchargeable, uniquement audio, qui contient à la fois de la musique et des paroles, où le Podcast ne peut être découpé en pistes individuelles.

montant fixé dans la convention. Comme la licence proposée par la GEMA, des exclusions sont à noter. Ainsi, les différentes parties composant le podcast ne doivent pas pouvoir être isolées les unes des autres, les podcasts doivent contenir à la fois de la musique et des paroles, pas plus de 50 % des plages utilisées dans le podcast ne doivent appartenir au même artiste ou avoir été écrites par le même compositeur, sauf en cas d'accord exprès de l'Alliance, pas plus de deux œuvres du même album et pas plus de deux œuvres du même artiste ou compositeur ne peuvent être présentes dans le contenu, sauf accord exprès de l'Alliance, aucun détail sur la longueur de chaque plage sonore ne doit apparaître, et aucun marqueur ne doit être inséré, permettant la séparation des plages sonores. Les exceptions existent, elles sont, dans l'ensemble, les mêmes que celles imposées dans la licence de la GEMA, mais elles sont moins nombreuses, et n'excluent pas de groupes particuliers de podcasteurs, comme les entreprises par exemple. Cette licence pose de vrais contours, même si elle ne concerne que les podcasts sonores.

En ce qui concerne les podcasts audiovisuels inclus dans la « Joint Online Licence » et la « Limited Online Exploitation Licence », ils concèdent à l'utilisateur le droit de reproduction et le droit de représentation, aussi bien en matière de streaming qu'en matière de téléchargement. Un podcast audiovisuel peut aussi être sous licence podcasting, mais à condition de demander à l'Alliance un accord écrit, préalable, pour le contenu audiovisuel.

De même, dans des domaines particuliers, comme dans celui de la publicité en ligne, des licences spécifiques sont à disposition pour utiliser les musiques du répertoire de la MCPS-PRS Alliance.

Il s'avère donc plus facile de régler les problèmes de cessions de droits et de rémunération en Grande-Bretagne qu'en Allemagne, puisque chaque podcasteur peut trouver la licence adéquate pour obtenir les droits sur les musiques du répertoire de l'Alliance qu'il veut insérer dans son podcast.

Toutefois, ces licences ne concernent que les musiques dont les auteurs, compositeurs et éditeurs de musique sont membres de la MCPS-PS Alliance, donc les autorisations des autres acteurs dont le créateur du podcast veut exploiter les droits, mais qui ne sont pas membres de cette société de gestion collective (producteurs des phonogrammes, des vidéogrammes, auteurs non membres de la MCPS-PRS Alliance, etc.) restent tout de même à obtenir avant de mettre en ligne un podcast.

Plus loin de nous, aux États-Unis, des sociétés de perception et de répartition des droits proposent aussi des licences relatives au podcasting. Ainsi, la Society of European Stage Authors & Composers (la SESAC) a inclus le cas du podcasting dans sa licence Internet⁹⁹.

⁹⁹ Licence disponible sur le site de la SESAC : <http://www.sesac.com/pdf/internet_ATH_2008_click.pdf>.

Pour la SESAC, le podcasting « refers to a method of digitally distributing pre-recorded audio-only programs as single files (e.g. as MP3 files) solely by means of the Internet, which distribution method enables end users to subscribe to an RSS feed (or other similar push-based technology) and automatically receive future Podcast files that i) do not consist entirely of one (1) Sound Recording of a musical composition, and ii) do not consist entirely of a compilation of Sound Recordings of musical compositions. Podcasting shall also refer to the activity of making such audio programs available from a Web Page or other location from which individual programs may be transmitted and/or listened to in real-time. »¹⁰⁰ Les limitations sont moins nombreuses encore que celles posées en Grande-Bretagne par la MCPS-PRS Alliance (la SESAC intervient aussi en Grande-Bretagne), mais là encore, la licence ne concerne que les podcasts sonores. Cette restriction est justifiée par les statuts de ces sociétés de gestion collective. Aux termes de cette licence, la SESAC cède au licencié, le créateur du podcast, le droit non-exclusif de représenter publiquement des interprétations non-dramatiques des compositions du répertoire de la SESAC via Internet. En revanche, une importante difficulté subsiste : le droit de reproduction n'est pas cédé au licencié puisqu'aux Etats-Unis, ce sont la Harry Fox Agency (HFA) et la National Music Publishers Association (NMPA) qui gèrent le droit de reproduction, et elles ne proposent pas de licence pour le podcasting. Cette licence de la SESAC ne couvre donc pas non plus tous les aspects du podcasting.

En ce qui concerne le mode de rémunération des ayants droit, la SESAC, dans cette licence, prévoit une rémunération forfaitaire.

Par ailleurs, aux États-Unis, la Broadcast Music, Inc. – ou BMI – organisation pour les droits de représentation, inclut le podcasting dans le « web site music performance agreement »¹⁰¹, licence pour la représentation de musique sur les sites web. Aux termes de cette licence, seuls les droits de représentation et de communication au public des œuvres musicales par le biais d'Internet sont cédés. Parmi les exclusions, une était déjà présente dans la licence allemande proposée par la GEMA : ces droits de représentation et de communication au public des musiques du répertoire de la BMI ne sont pas cédés lorsque les créateurs du podcast incluant de la musique du répertoire sont des établissements commerciaux et quand tout ou partie de la musique disponible sur la page web est utilisée en tant que service commercial. Mais la licence prévoit que dans de telles circonstances, la BMI peut céder les droits de représentation et de communication au public dans autre

¹⁰⁰ Selon la SESAC, le Podcasting est une méthode de programmes distribuant numériquement des fichiers, audio seulement, pré-enregistrés comme des fichiers uniques (par ex. des fichiers MP3) exclusivement par le biais d'Internet, dont la méthode de distribution permet en fin de chaîne aux utilisateurs de s'abonner à un flux RSS (ou une autre technologie similaire push-based) et de recevoir automatiquement des fichiers Podcast futurs qui i) ne consistent pas entièrement en un enregistrement sonore d'une composition musicale, and ii) ne consistent pas entièrement en une compilation d'enregistrements sonores de compositions musicales. Le Podcasting devra donc s'appliquer à l'activité de réalisation de tels programmes audio disponibles depuis une page Web ou autre emplacement duquel des programmes individuels peuvent être transmis et/ou écoutés en temps réel.

¹⁰¹ Licence disponible sur le site du BMI : <<http://www.bmi.com/forms/licensing/newmedia/internet.pdf>>.

licence plus adaptée. Cette licence n'est donc en effet pas totalement incompatible avec le podcasting, même s'il eut été préférable que la BMI cède aussi les droits de reproduction des musiques de son répertoire aux podcasteurs, puisqu'en créant un podcast, le créateur qui inclut de la musique doit la reproduire. Concernant la rémunération, elle est calculée forfaitairement.

B. L'atout des licences forfaitaires dans la réflexion française

a. Sur la voie des licences Podcasting

S. Krstulovic et A.-C. Lorrain ont très justement relevé que « les « podcasteurs » évitent souvent de mettre à disposition des contenus musicaux protégés, afin d'éviter toute accusation de contrefaçon par une industrie musicale qui démontre vouloir faire respecter ses droits. »¹⁰² Nous retrouvons des exemples de ce comportement y compris chez les professionnels de la communication, comme les radiodiffuseurs RMC ou RTL, qui ne diffusent que des podcasts sans musique, ou des podcasts dont la musique est largement accessoire.

Mais pour ceux qui osent se lancer et intégrer des contenus musicaux protégés dans leurs podcasts, il faut qu'une solution soit trouvée. Or à ce jour, aucune licence proposée par les sociétés de perception et de répartition des droits, en France, ne concerne véritablement le podcasting. Toutefois, si des licences spécifiques au podcasting voient le jour, comme c'est prévu, le problème du droit de reproduction, grand absent des licences étrangères, ne se posera pas, puisque la SACEM par exemple gère à la fois le droit de représentation des œuvres de son répertoire, mais aussi le droit de reproduction. Des négociations sont actuellement en cours au sujet de licences podcasting, notamment à la Société des auteurs, compositeurs, et éditeurs de musique (SACEM).

Concernant les producteurs de phonogrammes, la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) dispose d'une « licence services interactifs en ligne »¹⁰³, mais cette licence ne concerne pas le téléchargement, et de nombreuses restrictions se heurtent à son adaptation au podcasting. La SCPP souhaite mettre en place une licence spécifique au podcasting ; les négociations sont actuellement en cours. De même, la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF) travaille sur une licence Podcasting¹⁰⁴, qui ne concernera que les podcasts gratuits incluant des phonogrammes du commerce.

¹⁰² S. KRSTULOVIC et A.-C. LORRAIN, Dossier Podcasting, 23 nov. 2005, disponible sur le site mymusic :

<http://mymusic.typepad.com/my_music/dossier_podcasting_avec_annecatherine_lorrain/index.html>.

¹⁰³ Licence disponible sur le site de la SCPP :

<http://www.scpp.fr/SCPP/Portals/0/DownLoads/Utilisateurs/CGIC_Services_interactifs_en_ligne_Phonogrammes.pdf>.

¹⁰⁴ Interview de Jérôme Roger dans laquelle sont données des précisions sur le blog de S. KRSTULOVIC : <http://mymusic.typepad.com/my_music/2008/02/midem-2008-in-1.html>.

Mais au-delà de ces licences sur lesquelles nous n'allons pas nous attarder puisqu'elles ne sont pas encore nées, il s'avère important de répondre à une question pratique : celle de l'opportunité du mode de rémunération à mettre en place. En effet, les sociétés de gestion collective gérant les droits de représentation et les droits de reproduction des œuvres de leurs membres s'interrogent : vaut-il mieux mettre en place un système de rémunération proportionnelle, ou un système de rémunération forfaitaire ?

b. La difficile mise en œuvre de la rémunération proportionnelle

L'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans son alinéa 1^{er} que « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre (...) doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. » Les sociétés de perception et de répartition des droits des auteurs, comme la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) et la SACEM devraient donc mettre en place un système de rémunération proportionnelle des auteurs dont les œuvres sont reproduites et communiquées au public dans des podcasts. Mais l'alinéa 2 de ce même article vient poser des exceptions. Ainsi, le législateur a prévu que « la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement (...) [si] les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut (...) [et] si la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ». Les podcasts intégrant des œuvres musicales protégées à titre accessoire devraient donc être soumis à une rémunération forfaitaire. Mais d'un point de vue plus général, nous pouvons considérer que tous les podcasts intégrant de la musique devraient donner lieu à une rémunération forfaitaire des auteurs : comment en effet savoir combien de fois le podcast intégrant l'œuvre a été vu et téléchargé, à partir du moment où l'immense majorité des podcasts sont gratuits ? Or s'il n'est pas possible de dénombrer ces données, il n'est pas possible non plus de mettre en place une rémunération proportionnelle. Nous nous positionnons alors sur le terrain de l'alinéa 2 de l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle posant les exceptions, et permettant dans ces cas une rémunération forfaitaire. Si les sociétés de gestion collective devaient mettre en place une licence prévoyant la rémunération proportionnelle des auteurs des œuvres utilisées par le podcasteur, alors il faudrait que les podcasts gratuits soient hébergés sur des sites nécessitant un enregistrement de l'internaute et une identification pour pouvoir télécharger les contenus. Dans une telle hypothèse, il serait possible de savoir combien de fois un podcast a été écouté. Mais cette hypothèse aujourd'hui n'est qu'utopie.

En attendant que ces licences voient le jour, les podcasteurs disposent donc de deux solutions : ne pas intégrer de contenus aujourd'hui protégés par le droit d'auteur et les droits voisins dans leurs podcasts, ou intégrer de tels contenus en demandant les autorisations à chaque ayant-droit, les sociétés de gestion collective n'étant pas encore en

mesure de donner des autorisations pour tous leurs répertoires. Mais la situation est en passe d'évoluer.

Dans tous les cas, dans l'état actuel du droit, il est impératif de conclure des contrats, permettant d'encadrer les titularités et les responsabilités de chacun, et de se couvrir en cas de contrefaçon. Toutefois, certains acteurs ne pourront se décharger de toute responsabilité par contrat, par ex. lorsque l'hébergeur héberge un podcast manifestement illicite.

Conclusion

Les enjeux du podcasting se font ressentir à toutes les étapes de la vie d'un podcast, de la conception à la diffusion. Malgré la nouveauté de ce système, nous avons vu qu'il n'était pas nécessaire de légiférer pour gérer l'ensemble de ce nouveau mode de diffusion spécifique. Ainsi, pour reprendre Cicéron qui affirmait que « nous sommes esclaves des lois pour pouvoir être libres », nous avons avec le podcasting un bel exemple de la loi qui nous rend libres et, plus encore, nous protège, quand bien même elle a été écrite lors des balbutiements du podcasting. En effet, le droit d'aujourd'hui tel qu'il résulte des conventions internationales, des directives européennes, mais aussi – et surtout – du droit interne modernisé depuis la LCEN du 21 juin 2004 et la loi du 1^{er} août 2006 (loi DADVSI)¹⁰⁵ trouve remarquablement à s'appliquer dans le cadre du podcasting. Néanmoins, si tout était parfaitement adapté, les enjeux du podcasting n'auraient pas tant d'importance. Ainsi, certaines adaptations sont nécessaires, la plus conséquente concernant la copie privée, qui devrait être un droit en la matière.

En outre, concernant la pratique, il est nécessaire d'attendre que les licences actuellement en cours de négociations voient le jour. En attendant, les créateurs de podcasts doivent solliciter et obtenir les autorisations de tous les ayants droit concernés, à moins qu'ils ne créent qu'avec des contenus initialement protégés mais tombés dans le domaine public, avec des contenus sous licences Creative Commons à condition qu'ils s'en tiennent à ce qui est autorisé pour tous, avec des contenus mis librement à la disposition du créateur ou sans contenus protégés. En l'absence des licences Podcasting, nombre de sociétés de radiodiffusion, qui ne bénéficient pas de clause compatible avec le podcasting dans le contrat général de représentation les liant aux sociétés de perception et de répartition des droits s'abstiennent d'intégrer des œuvres musicales à leurs podcasts. Il faudrait donc que cette situation s'améliore. Alison Wenham, de l'Association of Independent Music (l'association britannique des producteurs phonographiques indépendants – AIM)¹⁰⁶ résume bien la situation actuelle, en Grande-Bretagne, mais identique à celle de la France : « Podcasting can make a real impact on music sales, but this has to be done in a responsible way. UKPA is committed to working with AIM and other organisations and businesses to develop legal music podcasting in the UK »¹⁰⁷. En attendant, les créateurs de podcasts peuvent toujours se tourner vers les sites fournissant des contenus « podsafes », c'est-à-dire des contenus dont la mise à disposition ne nécessite pas d'autorisation d'exploitation.

¹⁰⁵ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

¹⁰⁶ J. LEWIN, UK Podcasters Association to support AIM Podcast License, Podcasting News, 20 mai 2007, disponible à l'adresse : <<http://www.podcastingnews.com/2007/05/20/aim-podcast-license>>.

¹⁰⁷ Le podcasting peut avoir un réel impact sur les ventes de musique, mais ceci doit être fait de façon responsable. L'association des podcasteurs de Grande-Bretagne s'est engagée à travailler avec l'AIM et d'autres organisations et entreprises afin de développer le podcasting de musique légale en Grande-Bretagne.

Quant aux utilisateurs, ils doivent respecter le « droit commun » de la propriété intellectuelle et les contrats avec les éditeurs, les hébergeurs et les plates-formes communautaires quand ils existent. Sinon, ils s'exposent naturellement à des sanctions. De même, pour les autres acteurs du podcasting, aucun changement majeur par rapport au droit de la propriété intellectuelle n'est à souligner outre mesure.

Toutes ces considérations seront probablement à adapter au gré de l'évolution du podcasting, puisque selon Bertrand Lenotre, créateur de Podemus.com, le podcasting n'est pas simplement de passage. Cette technique va perdurer, pourquoi pas sous un autre nom, le terme « podcasting » étant un « mot problématique » et le terme « flux RSS » restant un « langage de spécialiste »¹⁰⁸. Néanmoins, le podcasting se développe toujours autant, et la « vraie promesse pour l'avenir réside dans la mobilité » : grâce au développement du wifi, l'utilisateur pourra très facilement télécharger directement ses podcasts sur son téléphone portable, servant alors de baladeur. En outre, selon Bertrand Lenotre, le podcasting n'a pas vocation à supplanter la radiodiffusion traditionnelle, cette dernière étant le « média de l'immédiat », contrairement au podcasting. Il s'agit donc de deux techniques complémentaires. C'est pourquoi les quelques adaptations nécessaires pour le podcasting le seront toujours dans quelques temps.

En outre, la création d'une commission podcasting au sein du Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique pourrait permettre d'aider les sociétés de gestion collective à avancer dans l'adoption de licences podcasting, et pourrait permettre de réfléchir à certains grands thèmes, tels que l'acte de communication au public. En effet, si le contenu diffusé par voie hertzienne est strictement identique au contenu diffusé en podcast, doit-on considérer qu'il s'agit d'un nouvel acte de communication au public ? Certes, le contenu étant le même, nous pouvons être tentés de répondre rapidement pas la négative, mais ce serait nier l'impact du public sur cette notion : les auditeurs et les poditeurs ne sont pas les mêmes personnes, donc il est envisageable aussi de considérer que la diffusion du podcast après la diffusion hertzienne constitue un nouvel acte de communication au public. Sur cette question, la volonté des auteurs et sociétés de gestion collective est de qualifier cette communication de nouvel acte de communication au public, mais cette solution ne va pas dans l'intérêt de tous, et notamment de ceux qui mettent le contenu en ligne. Le débat qui a eu lieu à propos du statut des journalistes pourrait refaire surface avec le podcasting.

¹⁰⁸ Propos recueillis par téléphone le 26 août 2008.

Sommaire

Liste des abréviations	3
Plan.....	5
Introduction.....	6
Chapitre 1 – De la qualification juridique à l’identification des titulaires de droits.....	8
Section 1 – Les indices menant à une qualification juridique	8
Sous-section 1 – Définitions du podcasting.....	8
A. Définitions sémantique et technique.....	8
a. Définition sémantique	8
1. Du français au droit	8
2. Implications terminologiques : deux notions en une	9
b. Définition technique.....	9
1. Le fonctionnement du podcasting.....	9
2. La complexité technique du podcasting.....	12
B. Définition juridique	12
a. Un mode de diffusion point à point excluant la diffusion audiovisuelle	12
b. Exclusion de la qualification de service « à la demande ».....	13
Sous-section 2 – Qualification juridique du podcast : les déductions logiques.....	15
A. Qualifications juridiques exclues.....	15
a. L’exclusion indiscutable de la qualification d’œuvre multimédia	15
b. Le podcast : un ensemble plus cohérent qu’une simple base de données.....	16
c. Podcast et œuvre logicielle : des qualifications différentes pour des fonctions différentes.....	17
d. L’œuvre audiovisuelle actuelle : qualification souvent trop restrictive pour le podcast	18
B. Pour une qualification juridique appropriée : nécessité de distinction entre le podcast vidéo et le podcast audio	20
a. Qualification du podcast vidéo.....	20
1. Le podcast, séquences d’images animées ou non.....	20
2. Le podcast vidéo : un vidéogramme.....	20
b. Qualification du podcast audio.....	20
1. Exclusion d’une œuvre radiophonique	20
2. Le podcast audio : un phonogramme.....	20
Section 2 – Les acteurs du podcasting.....	22
Sous-section 1 – Les titulaires de droits de propriété intellectuelle.....	22
A. Les acteurs du podcasting bénéficiaires du droit d’auteur	22
a. Définition	22
b. Régime	23
B. Les acteurs du podcasting bénéficiaires de droits voisins	25
a. L’artiste-interprète.....	26
1. Définition	26
2. Régime	26
b. Le producteur	28
1. Le producteur de phonogrammes	28
2. Le producteur de vidéogrammes	30
Sous-section 2 – Les acteurs de la diffusion des podcasts.....	30
A. L’éditeur	31
a. Définition	31

b. Responsabilité	32
B. L'hébergeur.....	33
a. Définition	33
b. Responsabilité	34
Chapitre 2 – La mise en œuvre des droits du public	36
Section 1 – Les droits attachés à l'exploitation des podcasts	36
Sous-section 1 – Podcasting et lecture en streaming	36
A. Les actes de représentation et de reproduction provisoire intimement liés.....	36
a. Mise en œuvre du droit de représentation.....	36
b. ... simultanément au droit de reproduction provisoire.....	37
B. Responsabilités en cas de lecture en streaming d'un podcast illégal.....	39
a. La responsabilité pénale.....	39
b. La responsabilité civile	40
Sous-section 2 – Podcasting et téléchargement	41
A. Le téléchargement du podcast, un droit à la copie privée	41
a. L'acte de téléchargement	41
b. Entre téléchargement et copie privée : la mise en œuvre d'un véritable droit	
.....	42
B. Responsabilités en cas de téléchargement d'un podcast illégal.....	47
a. Le possible engagement de la responsabilité pénale	47
b. L'exclusion de la complicité	47
Section 2 – La mise en place concrète des autorisations d'exploitation	49
Sous-section 1 – Les solutions contractuelles pour l'exploitation des podcasts par le	
public	49
A. Les licences Creative Commons.....	49
a. La facilité d'exploitation des podcasts diffusés sous licences Creative	
Commons	49
b. Les limites inhérentes aux licences Creative Commons, risque pour le public	
utilisateur.....	50
B. Les conditions générales d'utilisation.....	51
a. Des autorisations pour les caractéristiques essentielles du podcasting	51
b. Des clauses de garantie importantes pour ce nouveau mode de	
communication	53
Sous-section 2 – Les licences pour l'exploitation des éléments du podcast par ses	
créateurs.....	54
A. Licences étrangères	54
a. Des licences critiquables.....	54
b. Des licences plus pertinentes	56
B. L'atout des licences forfaitaires dans la réflexion française.....	59
a. Sur la voie des licences Podcasting	59
b. La difficile mise en œuvre de la rémunération proportionnelle.....	60
Conclusion	62
Sommaire.....	64
Bibliographie	66

Bibliographie

Manuels et Traités

- Droit des médias et de la communication, sous la direction de C. GAVALDA et P. SIRINELLI, Lamy, 2007, deux tomes.
- Droit de l'informatique et des réseaux, sous la responsabilité de M. VIVANT, Lamy, 2007, 1998 pages.
- A. et H.-J. LUCAS, Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, Paris, 2006, 3^{ème} édition, 1210 pages.
- P. SIRINELLI, Propriété littéraire et artistique, Mémento Dalloz, Paris, 2004, 2^{ème} édition, 226 pages.
- F. POLLAUD-DULIAN, Le droit d'auteur, Economica Corpus, Paris, 2005, 1052 p.
- B. MONTELS, Contrats de l'audiovisuel, Litec Professionnels, Paris, 2007, 339 pages.
- Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de A. Françon, Dalloz – Sirey, Collection Etudes Mélanges, Paris, 1995, 436 pages.
- P.-Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, 6^{ème} édition, 983 pages.

Rapports officiels, recommandations

- *L'Université numérique*, rapport remis à Valérie Pécresse, ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (rapporteur : H. ISAAC).
- Recommandation du CSA du 7 novembre 2006 à l'ensemble des services de télévision et de radio en vue de l'élection présidentielle.
- *Aspects juridiques des œuvres multimédia*, CSPLA, octobre 2003 (CERDI – Mme Judith Andres et M. Pierre Sirinelli).
- Rapport de la Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias, Le régime juridique des œuvres multimédia : Droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs, CSPLA, mai 2005 (Présidents de la commission : Mme Valérie-Laure Bénabou et M. Jean Martin).
- J. Dionis du Séjour et C. Erhel, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, 23 janvier 2008.
- Rapport de la Commission spécialisée sur les prestataires de l'Internet, CSPLA, Juillet 2008 (Président de la commission : P. Sirinelli).

Textes officiels

- Recommandation sur les équivalents français du mot podcasting, Journal officiel de la République française n°290 du 15 décembre 2006, page 18979, texte n° 118.
- Décret no 93-1429 du 31 décembre 1993 relatif au dépôt légal.
- Arrêtés du 2 mars 1994 relatifs à la terminologie des télécommunications, JORF n°68 du 22 mars 1994, page 4347.

- Arrêté du 22 décembre 1981, Journal officiel des Communautés européennes du 17 janvier 1982, p.624.
- Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 – 0028.
- Directive communautaire n° 91/250 du 14 mars 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.
- Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, dite Directive services de médias audiovisuels, modifiant la directive 89/552/CEE, dite « TVSF ».
- Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes du 29 octobre 1971.
- Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adopté à Genève le 20 décembre 1996.
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
- Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Convention de Rome, 26 octobre 1961.
- Loi n°85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.
- Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins modifiant la directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.
- Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19/11/1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.
- Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.
- JORF 18 janv. 2005, texte n° 89.
- Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, Journal officiel n° L 167 du 22/06/2001 p. 0010 – 0019.
- Proposition de loi n° 1173 visant à interdire le recours à des mesures de protection du CD et DVD ayant pour effet de priver les utilisateurs du droit à la copie privée, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2003.
- Code de la propriété intellectuelle.
- Code pénal.
- Code civil.

Jurisprudences

- Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-20294 : Bulletin civ. 2003, I, n° 29, p. 24 ; D. 2003, 1688, note Sardain ; CCE 2003, comm. n°35, note Caron ; JCP E

- 2003, 588, note Caron ; ibid. 1508, n°1, obs. Bougerol ; Légipresse 2003, n°202, III, p.79, note Varet ; Propr. intell. Avril 2003, n°7, p.159, obs. Lucas ; RIDA, avril 2003, p.279, obs. Kéréver.
- Cass. Ass. Plén., 30 octobre 1987, pourvoi n° 86-11918, Microfor / Le Monde : D. 1988, 21, concl. Cabannes ; ibid. Somm. 206, obs. Colombet ; RTD Com. 1988, 57, obs. Françon ; JCP 1988, II. 20932, rapport Nicot, obs. Huet ; JCP E 1988, I. 15093, n°4, obs. Vivant et Lucas ; RIDA, janvier 1988, p.78, concl. Cabannes.
 - Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, Affaire Pachot : D.1986, 405, concl. Cabannes, note Edelman ; RTD com. 1986, obs. Françon ; RIDA, juillet 1986, p.136, note Lucas.
 - CJCE, Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus Ab, 9 novembre 2004 : Propr. intell., janvier 2005, n° 14, p.99, La CJCE précise les règles du jeu, S.Lemarchand et S.Rambaud.
 - T. civ. Seine, 5 février 1954 : Gaz. Pal. 1954, 1, 182.
 - Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 1995 : RIDA, oct. 1995, p. 299 et 231, obs. Kéréver.
 - Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999 : D. 2000, 209, concl. Sainte-Rose ; Paris, 10 octobre 2003 : RIDA, avril 2004, p.263, note Kéréver ; Propr. Intell. 2004, n°10, p.560, obs. Lucas.
 - TGI Paris, ord. de référé, 22 juin 2007, J.-Y. Lafesse c/ Myspace.
 - TGI Paris, 15 avril 2008, J.-Y. Lafesse c/ Dailymotion.
 - TGI Paris, 13 juillet 2007, Carion et a. c/ SA Dailymotion, aff. « Joyeux Noël ».
 - Cass. Crim., 5 janvier 2005, n° 04-82524, affaire Jean Luc X.
 - CA Paris, 24 mars 2005, AJ Pénal 2006, p.39.
 - CA Paris, 4^{ème} chambre, section A, 4 avril 2007, affaire dite « Affaire Mulholland Drive », PI 2007, 320, obs. A. Lucas ; Com. Com. Elec., 2007, n°68, note C.Caron).
 - Conseil d'État, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques, 11 juillet 2008.
 - Cass.Crim., 30 mai 2006, motifs, D. 2006 ; AJ, 1684, note J. Daleau et 2676, note E. Dreyer ; JCP, 2006, II, 10124, note C.Caron ; CCE 2006, comm. N°118, note C.Caron ; RIDA, oct. 2006, p. 237, obs. Sirinelli ; RLDI, juillet-août 2006, p.80, chron. A. Bensamoun.
 - Cour de cassation, Civ.1^{ère}, 19 juin 2008, Universal Music Video France et autres c/ Stéphane P., UFC Que Choisir.

Doctrine

- A.-C. COLAS-BERNIÉ, Le podcasting et la Coupe du monde de la FIFA: un nouveau mode de diffusion en ligne, Gazette du Palais, 20 juillet 2006, n° 201, p. 31.
- A.-C. LORRAIN, Le podcasting : nouveau trublion technique chez les juristes, Légipresse n° 237, décembre 2006, Chroniques et Opinions, p.152.
- B. MAY, Responsabilité des acteurs du web 2.0 : l'histoire sans fin, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 24 Avril 2008, 1540.
- A. LUCAS, Droit d'auteur et multimédia, dans Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de A. Françon, Dalloz, 1995, p. 325.

- S. ROUJA, Creative commons : une licence de droits d'auteur pour favoriser le partage du patrimoine intellectuel, 1^{er} déc. 2004, juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=606>>.
- C. VOGELE, M. GARLICK, The Berkman Center, Podcasting Légal Guide, Avant-propos de L. LESSIG, 2006, disponible à l'adresse suivante : <http://wiki.creativecommons.org/Welcome_To_The_Podcasting_Legal_Guide>.
- S. KRSTULOVIC et A.-C. LORRAIN, Dossier Podcasting, 23 nov. 2005, disponible sur le site mymusic : <http://mymusic.typepad.com/my_music/dossier_podcasting_avec_annecatherine_lorrain/index.html>.
- R. SERMIER et A. EMRICH, Les enjeux juridiques du streaming, Petites Affiches, 14 mai 2002, n° 96, p.6-8.
- V. GRYNBAUM, Le droit de reproduction à l'heure de la société de l'information, A propos de la Directive 2001/29/CE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le 13 décembre 2001 sur juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/pro/2/da20011213.pdf>>.
- V.-L. BENABOU, Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt Mulhollandar Drive, 30 mai 2005, disponible sur le site juriscom.net : <<http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703>>.
- Y. GAUBIAC, Dimension de la copie privée dans le monde numérique de la communication, CCE n° 6, Juin 2008, étude 14.
- Y. GAUBIAC et J. GINSBURG, L'avenir de la copie privée numérique en Europe, CCE 2000, Chr. 1, I.
- P. GAUDRAT et F. SARDAIN, De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, CCE n° 11, Novembre 2005, p. 37.
- S. WOËHLING, Position de l'UFC Que Choisir sur la copie privée, CCE, 2005, étude 27.
- Gilles VERCKEN et Michel VIVANT, Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée, Légipresse, n°214, septembre 2004, III, p. 148.
- M.-C. BEUTH, Internet : le téléchargement illégal contourné, 3 janvier 2008, Lefigaro.fr : <<http://www.lefigaro.fr/medias/2008/01/04/04002-20080104ARTFIG00009-internet-le-telechargement-illegal-contourne-.php>>.
- L. THOUMYRE, Peer-to-peer : l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement, A propos du TGI de Meaux, 21 avril 2005, RLDI, n°7, juillet 2005, p. 13-17.
- CALAMO, La licéité de la source soumise à l'examen du Conseil d'État, 18 juillet 2008, Post-Scriptum : <<http://www.p-s.fr/index.php?post/2008/07/13/Les-contradictions-de-la-copie-privee>>.
- A. DIMEGLIO, Le streaming, légal ou illégal ?, 3 juin 2008, Journal du Net : <<http://www.journaldunet.com/expert/27623/le-streaming-legal-ou-illegal.shtml>>.
- J. LEWIN, UK Podcasters Association to support AIM Podcast License, Podcasting News, 20 mai 2007, disponible à l'adresse : <<http://www.podcastingnews.com/2007/05/20/aim-podcast-license>>.

Sites Internet

- Techno-Science : www.techno-science.net
- Wikipedia : www.wikipedia.org
- Fluctuat.net : www.fluctuat.net
- Podcast.de : www.podcast.de
- Legifrance : www.legifrance.gouv.fr
- Legalis.net : www.legalis.net
- Juriscom.net : www.juriscom.net
- Journal du Net : www.journaldunet.com
- Post Scriptum : www.p-s.fr
- CSPLA : www.cspla.culture.gouv.fr
- CSA : www.csa.fr
- OMPI : www.wipo.int
- UNESCO : <http://portal.unesco.org/fr>
- Eur-Lex : <http://eur-lex.europa.eu>
- Commission européenne : <http://europa.eu>
- Creative Commons : <http://fr.creativecommons.org>
- Arte-Radio : www.arteradio.com
- GEMA : www.gema.de
- ASCAP : www.ascap.com
- PCPS-PRS Alliance : <http://www.mcps-prs-alliance.co.uk>
- SESAC : www.sesac.com
- BMI : www.bmi.com
- Mymusic : www.mymusic.typepad.com
- Assemblée Nationale : www.assemblee-nationale.fr
- Sénat : www.senat.fr
- Radio France : www.radiofrance.fr
- RTL : www.rtl.fr
- Europe 1 : www.europe1.fr
- RMC : www.rmc.fr
- OUIFM : www.ouifm.fr
- France 3 : www.france3.fr
- TF1 : www.tf1.fr
- Universpodcast.com : <http://universpodcast.com>