

Le podcasting : un nouveau trublion technique chez les juristes

Anne-Catherine Lorrain

Doctorante au CERDI
Universités Paris I / Paris XI

Au-delà de sa définition technique, le podcasting, terme technique en vogue désignant un nouveau mode de diffusion de contenus sur internet, interroge le juriste. Ainsi, pour bien appréhender son régime, il convient de qualifier cette nouvelle génération de services audiovisuels et d'analyser les modalités d'application des droits de propriété intellectuelle qui s'y attachent.

LE FLORILÈGE DES TERMES TECHNIQUES GRANDIT à la vitesse du développement des technologies numériques, et c'est sans grand étonnement que les juristes accueillent la terminologie venue tout droit du monde de l'internet, sans menace de révolution du droit et sans promesse de comblement de quelque prétendu "vide juridique". Cependant, l'accueil de la terminologie technique dans le giron des juristes n'échappe pas à l'obligation d'en donner une définition à la lumière du droit, obligation à laquelle nous n'allons pas échapper à l'occasion de l'analyse que nous allons tenter de mener sur l'un des derniers termes techniques en vogue : le « *podcasting* ».

On pourrait croire qu'il s'agit d'un simple nouveau venu (encore un) dans le lexique des techniques numériques. Mais qu'est-ce donc que le podcasting (1) ? S'agit-il de *broadcasting* sur iPod (2) ? De radiodiffusion sur baladeur numérique (3) ? À quelques réflexions près, c'est presque ça...

INTRODUCTION TECHNIQUE

Le podcasting est un mode de diffusion de contenu d'un nouveau genre sur internet, dont les caractéristiques techniques consistent à :

- délivrer à l'internaute du contenu (audio et/ou vidéo) grâce à un procédé automatisé,
- en fonction du choix prédéterminé de l'internaute,
- pour une lecture en mode *streaming* (4) ou par téléchargement (5),
- sur tout support de lecture, notamment les supports nomades (baladeurs numériques) (6),
- au moment voulu par l'internaute (7).

Ce mode de diffusion de contenu est possible grâce à la technique dite de syndication (8), et plus précisément grâce aux flux

1. Sur un début d'analyse du podcasting, voir notre article écrit avec Sylvie Krstulovic sur Journaldunet.com (édition du 14 mars 2005, <<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique060314.shtml>>, publié préalablement sur <<http://mymusic.typepad.com>>).

2. Le baladeur numérique de la marque Apple est à l'origine étymologique du podcasting, qui est une contraction des mots anglais *iPod* et *broadcasting* (radiodiffusion), apparue en 2004.

3. Les Québécois utilisent le terme de "baladodiffusion" dans un souci de francisation (les suisses utilisent même le terme de "podiffusion"). En France, la Commission générale de terminologie et de néologie a proposé dans un avis de vocabulaire général (publié au *JO* en date du 25 mars 2006) la traduction de « *diffusion pour baladeur* », en donnant la définition suivante : « *Mode de diffusion sur l'internet de fichiers audio ou vidéo qui sont téléchargés à l'aide de logiciels spécifiques afin d'être transférés et lus sur un baladeur numérique* ». N'en déplaise aux plus francisants que nous, nous préférons utiliser le terme de « *podcasting* », plus usité et plus adapté à la nature internationale du web.

4. Le *streaming* est une technique d'accès immédiat sur demande à des images et/ou des sons, selon un flux (*stream*) continu permettant aux internautes destinataires d'en prendre connaissance en temps réel, normalement sans en conserver copie. La consultation d'un contenu en mode *streaming* s'effectue

directement sur le site où il est hébergé.

5. Téléchargement : « *transfert de programmes ou de données d'un ordinateur vers un autre* (en principe avec conservation d'une copie) » (définition de la Commission générale de terminologie et de néologie, publiée au *JO* en date du 1^{er} septembre 2000).

6. L'éditeur du service "Arte Radio" résume parfaitement l'esprit du podcasting dans son slogan : « *A écouter sur place ou à emporter* » (<<http://www.arteradio.com>>).

7. En visitant les pages d'un site web proposant des contenus en podcasting, l'internaute peut consulter les contenus directement sur le site. Cependant, ce mode de lecture ne relève pas de la technique du podcasting à proprement parler. Dans une telle hypothèse, il s'agit, ni plus ni moins, d'une écoute ou d'un téléchargement à la demande, réalisé directement sur le site où est hébergé le contenu. Cette hypothèse ne concerne pas la présente étude, qui s'attache à expliquer la spécificité de la technique du podcasting.

8. Sur internet, la syndication de contenu consiste à enrichir une source de contenu par d'autres sources, en mettant à disposition tout ou partie du contenu d'un site à d'autres sites. Les sites internet sont ainsi dynamiques grâce à ces ajouts de contenus qui se renouvellent automatiquement dès leur mise à jour (à condition que les sites hébergeant les contenus possèdent un outil logiciel permettant cette syndication). Il est plus simple de "livrer" ainsi du contenu pério-

Rss (9), qui permettent d'acheminer automatiquement l'information à l'internaute de façon personnalisée, après qu'il a spécifié ses demandes et ses préférences. La syndication de contenu s'inscrit dans cette tendance dite "dynamique" et "collaborative" (10) d'internet, désignée globalement par l'expression de « *web 2.0* » (11).

La "délinéarisation" des contenus, désormais décorrélés de leur programmation dans le temps, ne peut échapper aux yeux des observateurs de la toile. Cette tendance s'observe notamment au travers du podcasting. Les médias, dont le métier était jusqu'ici de constituer des programmes afin de générer de l'audience (passive et captive en fonction du moment de la diffusion et du lieu de réception), doivent faire face à une nouvelle approche de la programmation et à une nouvelle demande du public qui souhaite accéder aux programmes au moment et dans le lieu choisis par lui. L'avantage est évident. Écouter son émission de radio préférée dans le métro alors que la réception des ondes hertziennes n'est pas assurée sous terre, écouter la revue de presse matinale (trop matinale...) une heure après sa diffusion, en allant au travail... tous ces usages trouvent forcément leur place dans la vie quotidienne de beaucoup d'entre nous.

Dans le cas du podcasting, l'obtention des fichiers numériques ne se fait pas "à l'acte", à chaque fois que l'internaute en demande le téléchargement sur le site localisant le contenu visé. La source de contenu internet est ajoutée automatiquement, en fonction du choix de l'internaute (après abonnement à un flux Rss déterminé) et au fil des nouveautés des programmes (podcasts) proposés par les diffuseurs (podcasteurs). Le podcasting se distingue ainsi des services dits à "la demande". Si l'internaute demande un abonnement à certains flux Rss, les contenus lui sont délivrés de façon automatique, sans qu'il ait à aller chercher lui-même le contenu. C'est l'automatisation du processus qui permet de ne pas assimiler le podcasting au téléchargement à la demande, même si le téléchargement peut effectivement faire partie du processus lors de la lecture du contenu.

Les podcasts audio proposés sur internet sont aujourd'hui majoritairement constitués de programmes "parlés" (émissions de radio, reportages, etc), plus nombreux que les programmes musicaux (12). De nombreux podcasts vidéo sont également proposés (13). Un programme de podcast audio pourrait s'apparenter à une émission de radio classique, sauf que le podcasting permet à l'internaute de lire les fichiers après qu'il a choisi son abonnement, cette lecture pouvant être effectuée à tout moment, contrairement à la radio qui émet un signal par radiodiffusion (14). En d'autres termes, on passe d'un modèle classique de radiodiffusion "point à multipoint" (la transmission du signal se fait en direction de plusieurs destinataires vers les-

quels un même contenu est envoyé de façon simultanée et synchrone, comme dans l'hypothèse de la radiodiffusion) à un modèle de diffusion ressemblant davantage à du "point à point". D'une communication de masse, on passe ainsi à une communication plus individualisée. Sorte de "média à la demande", le podcasting fait passer la technique du *broadcasting* (radiodiffusion ou télédiffusion de masse) à ce qu'on pourrait appeler du "nanocasting" (ou encore de l'"egocasting") (15).

Pourtant, la qualification juridique de la technique de diffusion par podcasting est loin d'être évidente. Le podcasting réserve en effet de nombreuses interrogations concernant le droit de la communication audiovisuelle (I), mais aussi le droit de la propriété intellectuelle (II), auxquelles nous allons tenter d'apporter quelques débuts de réponse.

I. LE PODCASTING DANS LE PAYSAGE AUDIOVISUEL

La technique du podcasting est-elle qualifiable de radiodiffusion ? On sait l'incidence de cette question quant au régime juridique applicable. Les services de radiodiffusion obéissent en effet au régime de la communication audiovisuelle, imposant des règles relatives aux contenus mis à disposition du public (obligation d'assurer la diversité des contenus, quotas de diffusion, etc), règles dont l'application est contrôlée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Comment qualifier cette nouvelle génération de service audiovisuel, ce service de radio version "2.0" qu'est le podcasting ? L'enjeu étant posé, il faudra finalement conclure que le podcasting semble devoir être exclu de la définition de la radiodiffusion (A) et se rapproche davantage de la communication au public en ligne (B). Cette conclusion sera cependant nuancée car notre étude ne saurait trancher sur une technique encore trop peu examinée par les juristes.

A. Le podcasting et la radiodiffusion

La technique du podcasting permet à la fois un mode de diffusion "point à multipoint" (le contenu est "poussé" par les flux Rss vers tous les abonnés) et un mode de lecture de contenu individualisé (une fois le contenu "poussé", l'abonné peut procéder à sa lecture au moment qu'il souhaite). Cette nature hybride du podcasting fait hésiter à retenir la qualification de radiodiffusion. Toutefois, le mode de diffusion doit être distingué du mode de "consommation" du contenu. C'est le mode de diffusion qui est déterminant quant à la question de savoir si la qualification de la radiodiffusion s'applique ou non. Peu

dique à d'autres éditeurs ou à des internautes qu'en envoyant des fichiers ou des newsletters par courrier électronique par exemple.

9. Rss ou *Really Simple Syndication* (traduisible par "souscription vraiment simple"), ou *Rich Site Summary* (traduisible par "sommaire de site enrichi"). Un flux Rss (ou fil Rss) est un format de syndication de contenu internet, qui permet de "pousser" du contenu (traduction de l'action dite de *push*) vers des sites web tiers. Il s'agit d'un fichier XML mis à jour en temps réel, qui peut être inclus et affiché sous forme de liens cliquables dans une page web tierce ou par un logiciel spécialisé.

10. La technique de syndication soulève des questions concernant notamment l'étendue du droit de citer des contenus tiers, ou plus largement concernant l'application à l'édition internet du droit de citation (Article L. 122-5 3° du CPI). En principe, le titre et la source (l'adresse URL), mais pas toujours le nom de l'auteur, sont cités pour chaque contenu "livré" et cité partiellement par flux Rss. La problématique ne semble pas beaucoup différer de celle des liens hypertextes.

11. Le concept du « *web deux point zéro* » désigne l'ensemble des nouvelles techniques et des nouvelles fonctionnalités qui rendent internet plus "collabo-

ratif" qu'auparavant, notamment grâce à la technique de syndication (l'"ancienne" version d'internet est souvent désignée par « *web 1.0* »).

12. Nous reviendrons plus loin sur les raisons de cette faible présence des contenus musicaux.

13. On désigne les podcasts vidéo par le terme de "vidéocasts". Une grande partie d'entre eux consiste à dévoiler les coulisses de plateaux de télévision ou d'émissions de radio.

14. Définition de la radiodiffusion : « *transmission sans fil de sons ou d'images et de sons ou des représentations de ceux-ci aux fins de la réception par le public* » (Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, article 2 f).

15. Certains commentateurs utilisent le terme d'« *individu-média* », par opposition au « *mass-media* », ou encore celui d'« *egodiffusion* » ou « *egocasting* » (terminologie de l'Institut européen de l'audiovisuel et des télécoms), par opposition à la télédiffusion de masse (*broadcasting*).

importe la question de savoir comment l'internaute va lire les fichiers une fois reçus, quand bien même cette lecture est aussi individualisable que possible.

En réalité, tout dépend de la part d'interactivité réservée à l'internaute dans l'acheminement du contenu vers son support de lecture. Plus cette part est grande, plus l'on se rapproche d'un mode de transmission "point à point", et plus l'on s'éloigne de la radiodiffusion (16). La difficulté à ranger les nouveaux services audiovisuels en ligne parmi les diverses catégories juridiques existantes, dont celle de la radiodiffusion, est parfois une gageure pour les juges, comme l'a récemment illustré la jurisprudence européenne (17). C'est en ayant pris conscience de cette difficulté que la Commission européenne a d'ailleurs présenté une proposition de directive révisant la directive TSF (18). Le législateur communautaire opère une distinction entre les services de radiodiffusion télévisuelle et les « services de la société de l'information » (19). Au sein de cette distinction, la fourniture "à la demande" du service est désignée comme critère essentiel de la différenciation avec la radiodiffusion (20). Ce critère de fourniture "à la demande" est également présent dans la loi française à propos de la définition de la communication au public par voie électronique, également différenciée de la communication audiovisuelle (21). En application de cette distinction légale, doit-on déduire de l'impossibilité de qualifier le podcasting de service à la demande que nous sommes en présence d'un service de radiodiffusion ? Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner la définition de la radiodiffusion donnée par la loi.

Le législateur français précise que la notion de communication audiovisuelle s'applique aux seuls services de radio et de télévision, quel que soit leur mode de diffusion, hertzien, par satellite ou électronique (LCEN, Art. 1 II). Toute la question est ainsi de savoir si un podcast peut être qualifié de service de communication audiovisuelle, et plus précisément de service de radio ou de télévision. La loi pour la confiance dans l'économie numérique définit le service de radio (et de télévision) en ligne comme « 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 » (Art. 1 II).

Le podcasting remplit-il les critères de cette définition ? La réception simultanée par le public ne semble pas pouvoir être retenue comme caractéristique technique d'un podcast, celui-

ci ne pouvant être lu qu'après détermination du choix des internautes. Comme des auditeurs allumant leur poste de radio ? Pas tout à fait car la réception du contenu ne s'effectue qu'après abonnement, et non pas de manière massive par une diffusion simultanée et synchrone sur tous les lecteurs numériques. Par ailleurs, les internautes abonnés à des programmes de podcasting peuvent personnaliser leurs choix de programmes avec la constitution de listes de lecture. Grâce à cette possibilité, le second critère de la radiodiffusion édicté par la loi, à savoir l'existence d'un programme composé d'une suite ordonnée d'émissions, semble éloigner encore le podcast de la logique de la radio et de la télévision. Il est en effet difficile de parler de "programmes ordonnés" dans le cadre du podcasting, dont la délinéarisation des programmes marque une différence notable avec la radio et la télévision traditionnelles.

La technique du podcasting ne serait donc qualifiable ni de radiodiffusion, ni de fourniture de contenu à la demande. Entre ces deux notions que les textes opposent, le droit peut-il réserver une place au podcasting ? Serions-nous en présence d'une fourniture de contenu "presque" à la demande ? Le droit connaît les services quasi à la demande dans le domaine de la vidéo. Toutefois, à la lecture des textes, les services de vidéo "quasi à la demande" sont rattachés aux services de radiodiffusion télévisuelle (22). Or un tel rattachement semble devoir être exclu dans le cadre du podcasting qui, comme nous venons de le démontrer, ne peut être réellement assimilé à de la radiodiffusion.

Si la prudence est de mise dans la recherche du régime juridique applicable à toute nouvelle technique, il nous semble cependant que la radiodiffusion et le podcasting soient clairement dissociables. Une telle affirmation est permise depuis que le CSA a pris position sur la question. L'autorité administrative a en effet déclaré que les podcasts n'étaient pas soumis à son contrôle en ce qui concerne le décompte du temps de parole des candidats à une élection (23), les excluant ainsi du régime de la communication audiovisuelle. Le droit serait-il incapable de ranger le podcasting parmi les catégories existantes de services électroniques ? Pour surmonter cette hésitation, on peut se demander si le critère de la fourniture de contenu "à la demande" est correctement appréhendé par le législateur. La perspective d'un remaniement du droit communautaire de la communication audiovisuelle (24) pourrait bientôt apporter une réponse à cet égard.

Bien que les textes ne permettent pas de qualifier le podcasting avec certitude, quelques caractéristiques techniques peuvent d'ores et déjà contribuer à l'esquisse d'une définition, dont

16. Sur la différenciation entre la diffusion "point à multipoint" et "point à point" et ses conséquences juridiques, voir la Directive n° 98/34/CE du 22 juin 1998 dite "directive transparence" (JOCE L 204 du 21 juillet 1998). Un service de radiodiffusion télévisuelle est un service « fourni par l'envoi de données sans appel individuel et destiné à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission "point à multipoint") » (Directive "transparence", Annexe v, 3).

17. Voir notamment la décision de la CJCE concernant un service de vidéo quasi à la demande : CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel BV c/ Commissariaat voor de Media* (Aff. C-89/04). Sur cette affaire, voir notamment K. Renaud, *Légipresse*, oct. 2004, n° 225, III, p. 193, et notre commentaire sur *Juriscron.net* (publié le 11 janvier 2005, <<http://www.juriscron.net/uni/visu.php?ID=780>>).

18. La proposition de directive adoptée par la Commission en décembre 2005 (COM (2005) 646 final) distingue les nouveaux services, qu'elle qualifie de « non linéaires », des services classiques (ou de radiodiffusion), dits « linéaires ».

19. Directive "TSF" du 3 octobre 1989 et directive "transparence" (précitée).

20. Directive "transparence" (précitée) : un « service de la société de l'information » est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (art. 1.2 a).

21. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique

definit la communication au public par voie électronique par « toute transmission, sur demande individuelle (c'est nous qui soulignons), 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 » (Article 1 IV).

22. Aucune définition explicite de la vidéo quasi à la demande n'est donnée par la loi. Le législateur européen ne l'évoque qu'incidemment dans la directive "TSF" (précitée), au sein de la définition des services de radiodiffusion télévisuelle (dont la vidéo quasi à la demande fait partie). Sur la notion de vidéo quasi à la demande, voir CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel* (affaire précitée).

23. Selon Francis Beck, membre du CSA : « En application de la nouvelle loi de 2004 (la LCEN), les contenus diffusés sur les nouveaux supports de communication électroniques ne relèvent du champ de compétences du CSA que s'ils constituent des services de radio ou de télévision, ce qui n'est pas le cas du podcasting ou des blogs » (interview donnée au site *Netpolitique* le 3 février 2006 : <<http://blog.netpolitique.net>>). Ce point de vue a été confirmé par le Forum des droits sur l'internet dans sa recommandation du 17 octobre 2006 sur "internet et communication électorale" (p. 25).

24. Cf. la proposition de directive de la Commission européenne révisant la directive "TSF" (précitée).

on peut se risquer à jeter les premiers traits : un service de podcasting pourrait ainsi être qualifié de service de "diffusion récurrente (25) de contenu par abonnement".

B. Le podcasting et la communication au public par voie électronique

À défaut d'application du régime de la communication audiovisuelle, le régime de la communication publique en ligne s'applique. La LCEN définit la communication publique en ligne comme « 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 » (Article 1 IV). Cependant, le critère de « demande individuelle » présente quelques lacunes que nous venons de soulever...

L'exclusion du régime de la communication audiovisuelle ne signifie pas pour autant l'absence de règles et de contraintes. En effet, les services de communication au public en ligne n'échappent pas aux dispositions de droit commun (droit de la concurrence, droit de la consommation, interdiction de publication de tous contenus illicites...). Les services de communication au public en ligne sont également soumis aux dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, dont notamment celles régulant le commerce électronique et la responsabilité des hébergeurs. Au même titre que tout contenu diffusé sur internet, un programme de podcasting comportant des contenus illicites engage la responsabilité de son éditeur et/ou de son hébergeur. Toute la question est de déterminer le rôle du podcasteur dans la mise à disposition du contenu au public. De la réponse à cette question dépend l'établissement de la frontière entre la qualité de simple hébergeur et celle de véritable éditeur de contenu. Diverses hypothèses peuvent être envisagées : le podcasteur diffuse ses propres programmes ou ne fait que proposer des programmes réalisés par des tiers, avec une présentation plus ou moins détaillée et ordonnée, dont on pourra déduire ou non un véritable travail d'édition de contenu.

Le « web 2.0 » risque néanmoins de mettre en œuvre les divers régimes de responsabilité des acteurs internet de façon inédite. En effet, la syndication de contenu au bénéfice de sites web qui proposent des contenus de sources diverses, ces sources s'alimentant éventuellement de contenus tiers, et ainsi de suite... tout cela contribue à complexifier la chaîne des responsabilités de l'édition de contenu sur internet. Le web "collaboratif" implique ainsi de nouvelles relations entre fournisseurs de contenu mais aussi entre intermédiaires techniques et fournisseurs de contenu, d'ailleurs souvent confondus en une seule et même personne, les éditeurs étant bien souvent leurs propres hébergeurs en cette ère du *self media* (le podcasting est l'une des meilleures illustrations de cette nouvelle tendance de création-diffusion de contenu sur internet, qui permet à quiconque de diffuser un programme audiovisuel).

Au-delà du droit de l'audiovisuel, le mode de transmission des contenus a une incidence sur d'autres branches du droit, notamment sur les modalités d'application des droits de propriété intellectuelle.

II. LE PODCASTING ET LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La qualification de radiodiffusion n'est pas sans incidence au regard de l'exercice des droits voisins du droit d'auteur, notamment quant au champ d'application du régime de la licence légale prévu à l'article L. 214-1 du CPI. Nous venons de réfuter la qualification de radiodiffusion à la technique du podcasting. Or le mode de transmission par radiodiffusion détermine l'application du régime de la licence légale, ce qui nous permet d'écarter l'application de ce régime au podcasting.

Cela étant dit, le podcasting ne soulève pas de questions inédites au regard de l'application du droit de la propriété intellectuelle. Comme pour tout mode d'exploitation de contenu protégé par le droit d'auteur ou les droits voisins, nos interrogations portent sur l'identification des droits concernés (A) et sur les modalités d'autorisation d'exploitation de chacun d'eux (B). Toute la question est de savoir si les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins prennent les dispositions nécessaires pour appréhender ce nouvel usage de contenus protégés qu'est le podcasting dans le cadre de l'exercice de leurs droits.

A. Les droits associés au contenu "podcasté"

Le podcasting met en œuvre les droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, tant en ce qui concerne le contenu utilisé dans la création d'un programme de podcasting (1) que concernant le podcast lui-même (2).

1. La mise en œuvre des droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins

La technique du podcasting implique une communication au public ainsi qu'une reproduction du contenu sur un terminal de lecture (ordinateur et/ou baladeur numérique). Il ne fait donc aucun doute que le podcasting met en œuvre le droit exclusif des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins. Toute exploitation par podcasting nécessite ainsi l'autorisation des ayants droit au titre de leur droit de reproduction et de leur droit de représentation. Il y a bien droit de représentation, au sens large admis par la loi française, puisqu'il y a bien communication au public de la part du service de podcasting. Quant au droit de reproduction, il est mis en œuvre par les utilisateurs consultant le contenu sur leur baladeur ou leur ordinateur (que cette consultation soit effectuée par téléchargement ou par *streaming*, bien que le téléchargement soit privilégié dans notre étude). Le fait que l'accès aux œuvres soit déterminé par le choix des internautes n'y change rien car la loi accorde le droit exclusif de communication au public des œuvres et le droit exclusif de mise à disposition du public des phonogrammes pour toute transmission « par fil ou sans fil de manière que chacun puisse avoir accès (aux œuvres et aux phonogrammes) de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (26).

La majorité des podcasts audio sont aujourd'hui constitués de programmes "parlés". Face à la nécessité de rémunérer les

25. Les contenus étant diffusés lors de leurs mises à jour successives.

26. Article 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur et articles 10 et 14 du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes; Article 3 de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits

voisins dans la société de l'information, dont les dispositions ont été transposées en France dans la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 (publiée au JO n° 178 en date du 3 août 2006, p. 11529).

ayants droit de la musique (27), la plupart des podcasteurs ont en effet préféré se montrer prudents en retirant la musique de leurs programmations.

2. Les droits sur la création d'un programme de podcasting

La création d'un podcast peut faire intervenir des professionnels, notamment les radiodiffuseurs traditionnels (qui saisissent l'opportunité du podcasting en tant qu'utilisation secondaire de leurs programmes), mais aussi tout internaute ayant le matériel nécessaire pour enregistrer son propre programme et le diffuser sur internet.

Un podcasteur peut-il réclamer la protection de son programme au titre du droit de la propriété intellectuelle ? Pour le radiodiffuseur traditionnel donnant une seconde vie à ses programmes, la question est de savoir si la protection par le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle s'applique, quand bien même les programmes sont "podcastés" et non pas radiodiffusés (comme nous l'avons démontré) (28).

Quant aux programmes spécifiquement créés pour le podcasting, la question préalable est de savoir si un podcast peut être qualifié d'œuvre protégée par le droit d'auteur. La réponse doit être positive dès lors que la condition de l'originalité est remplie. Dans l'hypothèse où plusieurs personnes sont impliquées dans la réalisation d'un podcast, la qualification de l'œuvre est à rechercher du côté des œuvres dites « plurales » (œuvres de collaboration ou œuvres collectives). À cet égard, la réflexion ne diffère pas de celle menée pour tout autre type de création. Œuvre à plusieurs auteurs, mais quels auteurs ? Faute de pouvoir investir les auteurs de métadonnées (29), associées aux podcasts, de droits spécifiques, il n'en reste pas moins que ces métadonnées peuvent éventuellement former un ensemble protégé en tant que base de données (si l'ordonnement des données, en elles-mêmes non protégées, est original). Le podcasteur serait alors investi de droits en qualité de producteur de base de données.

B. La négociation des droits

Certains services de podcasting sont tentés de se libérer de toute négociation avec les ayants droit en optant pour une mise à disposition de contenu ne nécessitant pas d'autorisation d'exploitation (30). Ces contenus peuvent être dans le domaine public

ou être licenciés sous licence libre (31). En revanche, en présence de contenu supportant des droits exclusifs non exercés sous licence libre, l'obtention de l'autorisation des ayants droit s'impose au podcasteur. Le cadre de la négociation des droits doit alors être déterminé, en fonction des ayants droit concernés et des licences d'exploitation proposées.

Face à l'ampleur des podcasts audio "parlés", reprenant notamment des programmes de radio de nature journalistique, resurgit la question des droits des journalistes sur internet (32). Cet épineux problème, apparu dès les années 1990 (33), a permis la réaffirmation d'une évidence légale : tout mode d'exploitation doit être autorisé par les ayants droit (dans le respect de l'article L. 131-3 du CPI). Les négociations collectives du secteur journalistique ont abouti à la conclusion d'accords entre éditeurs et journalistes visant les droits de « réexploitation on-line » (34). Le podcasting fait partie de ces modes de "réexploitation en ligne", à moins que les journalistes exigent de nouvelles négociations eu égard à la spécificité du podcasting (celle-ci semble essentiellement résider dans la portabilité du contenu sur baladeur et dans la conversion éventuelle de l'écrit sous format audio).

Concernant les autres types de contenu, dont les contenus musicaux, la négociation par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective semble être la voie la plus appropriée. Le développement du podcasting suscite l'impatience des diffuseurs auprès des sociétés de gestion, dans le souci de développer leurs services dans la légalité et selon les modalités d'autorisation les plus simples. Tout nouveau mode d'exploitation d'œuvres demande cependant une certaine réflexion de la part des sociétés de gestion quant aux modalités d'autorisation les plus adaptées. Faut-il inclure le podcasting au sein des licences existantes ou la rédaction de licences spécifiques est-elle nécessaire ?

Si l'on observe le paysage international de la gestion collective de la musique, plusieurs réponses sont aujourd'hui envisageables. Aux États-Unis, l'ASCAP, société gérant le droit de représentation (*performance right*) des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, inclut le podcasting au sein de sa licence "webcast", originellement dédiée aux webradios (35). Une telle assimilation du podcasting aux webradios est néanmoins contestable. En effet, comme nous l'avons vu, un podcast ne semble pas pouvoir être assimilé à un programme de radio. Aux États-Unis, le choix de l'ASCAP est critiqué par certains qui estiment que le podcasting devrait relever non pas de la licence "web-

27. La question de l'exercice des droits ne se limite pas au domaine musical. Les droits des personnes intervenant dans l'enregistrement de podcasts audio non musicaux (notamment les comédiens en ce qui concerne les podcasts "originaux", véritables créations sonores qui ne reprennent pas une émission de radio déjà diffusée) feraient actuellement l'objet de négociations entre les podcasteurs et la SCAM (Société Civile des Auteurs Multimédia).

28. Article L. 216-1 du CPI : « Sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle la reproduction de ses programmes ainsi que leur mise à la disposition du public (...) ». La notion de "programmes" doit-elle être entendue dans le seul sens des services de communication audiovisuelle (cf. *supra*) ? La loi permet-elle la protection du droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle au-delà de la notion de radiodiffusion ?

29. Les métadonnées permettent à l'auditeur d'accéder, sur ordinateur ou sur l'écran du baladeur, au titre du podcast, aux noms des artistes ou autres participants ainsi qu'à diverses données factuelles (date, liens, etc). Elles permettent également de tracer les informations associées aux fichiers et d'indexer les podcasts dans les moteurs de recherche. Dans l'hypothèse d'un podcast, il s'agit d'ajouter des informations écrites pour décrire un contenu audio ou vidéo.

30. Certains sites web se sont même spécialisés dans la fourniture de tels contenus qualifiés de « *podsafe* ».

31. Parmi les licences libres, les licences Creative Commons sont assez répandues concernant les contenus protégés par le droit d'auteur. Sur les licences Creative Commons, voir M. Clément-Fontaine, *RLDI*, n° 1, janv. 2005, n° 20 ; M. Dulong de Rosnais, *RLDI*, n° 2, fév. 2005, n° 59 et S. Dusollier, *PI*, n° 18, janv. 2006, p. 10.

32. Le contenu informationnel écrit prendra vraisemblablement beaucoup d'ampleur dans l'offre de podcasts avec la constitution de programmes diffusant des articles publiés dans des journaux papiers sous forme parlée (certains logiciels peuvent transformer du contenu écrit sous format audio) ou sous forme de texte pouvant être lu sur un baladeur adapté.

33. Sur cette question, voir notamment P. Sirinelli, *Dalloz Aff.*, n° 162, mai 1999, p. 9 ; E. Derieux, *Légipresse*, nov. 1998, n° 156, II, p. 138 ; C. Caron, *CCE*, mars 2000, p. 16 ; F. Olivier et E. Barbry, *Légicom*, 1997/2, n° 14, II, p. 35.

34. Voir notamment les accords publiés dans *Légipresse*, n° 174, sept. 2000, IV, p. 89 (*Le Figaro*), *Légipresse*, n° 176, nov. 2000, IV, p. 114 (*EMAP*), *Légipresse*, n° 182, juin 2001, IV, p. 46 (*Libération*), *Légipresse*, n° 185, oct. 2001, IV, p. 88 (*Le Parisien*).

35. Le webcasting est la technique utilisée notamment par les "radios internet" (webradios) émettant uniquement sur le web (par opposition aux radios "traditionnelles" diffusant simultanément leurs programmes sur internet, dont on désigne la technique de diffusion par le terme de simulcasting).

cast", mais de la licence pour téléchargement d'œuvres. Or même si l'on peut admettre que la licence "webcast" ne soit pas la plus adaptée, affirmer une telle prééminence de l'acte de reproduction par téléchargement revient à occulter la communication au public effectuée par la technique du podcasting, ce qui est assez réducteur (cependant, la critique se comprend davantage aux États-Unis, où le système de copyright admet une notion plus étroite du droit de représentation qu'en France).

Les autres sociétés américaines compétentes pour la gestion du droit de représentation des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, BMI et SESAC (36), incluent le podcasting dans leurs licences pour sites internet. Il est intéressant de remarquer que le droit de représentation suscite une plus grande réactivité des ayants droit au regard du podcasting. Le rapprochement aisé qui peut être fait entre le podcasting et la radio (principal mode d'exploitation dont s'occupent les sociétés gérant le droit de représentation) semble en être la principale explication (bien que ce rapprochement soit contestable).

Les sociétés américaines responsables de la gestion du droit de reproduction ne proposent pour l'instant aucune licence incluant le podcasting. La HFA (Harry Fox Agency), mandatée pour la gestion du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, a seulement indiqué qu'elle continuait d'examiner la question, tout en supposant que le podcasting pourrait être licencié en tant que morceau musical téléchargeable entièrement et de façon permanente (la réflexion est valable pour les podcasts téléchargés, mais ne l'est pas pour ceux consultés en *streaming*). L'autre société américaine gérant le droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, la NMPA, ne s'est pour l'instant pas prononcée sur la prise en compte du podcasting dans ses licences. Les droits des producteurs phonographiques impliquent quant à eux une méthode différente de négociation. Aux États-Unis, l'autorisation d'exploitation de l'enregistrement sonore (qui met en œuvre un copyright distinct de celui portant sur l'œuvre musicale en soi, même si la loi américaine ne distingue pas de droit voisin sur l'enregistrement sonore) doit être obtenue individuellement auprès de chaque producteur phonographique concerné.

MOTS-CLÉS

Podcasting, droit d'auteur, audiovisuel, radiodiffusion, communications électroniques

RÉFÉRENCES LÉGIPRESSE

Louvier (J.) et Hovine (A.), « Vers un régime autonome de la communication en ligne ou de l'art du trompe-l'œil dans la société de l'information », *LP*, n° 217-II, p. 143

En Europe, la Grande-Bretagne mène la course aux licences. L'alliance MCPS-PRS (gérant le droit de reproduction et le droit de représentation des éditeurs de musique) (37) propose une licence spécifique pour le podcasting, ou plus précisément deux licences (l'une est destinée aux diffuseurs de podcasts dont les programmes sont considérés comme étant de petite ampleur, l'autre aux podcasts plus importants). Toujours en Grande-Bretagne, les producteurs phonographiques indépendants (regroupés au sein du collectif AIM) proposent également (depuis 2005) une licence dédiée au podcasting.

Qu'en est-il en France ? Du côté des auteurs, une prise de position de la SACEM est attendue sur la question du podcasting. Quant aux producteurs phonographiques, la SPPF et la SCPP auraient opté pour le système de la gestion collective volontaire et travailleraient actuellement à la rédaction de contrats généraux d'intérêt commun dédiés au podcasting (à titre expérimental, comme il en va de toute licence visant un nouveau mode d'exploitation). Il semble que ces projets de licence aient vocation à couvrir le podcasting audio, mais aussi le podcasting vidéo (les répertoires des deux sociétés comprenant des vidéomusiques) ainsi que d'autres usages propres au « *web 2.0* » tels que les blogs (38).

Ce choix des sociétés de gestion collective françaises de ne pas inclure le podcasting au sein de leurs licences préexistantes, à l'instar des États-Unis, est évident car le droit français exige l'autorisation des ayants droit pour chaque mode d'exploitation, auquel les sociétés de gestion font correspondre un contrat de licence spécifique. Les sociétés américaines ne se sont pas engagées dans cette voie car le droit du copyright américain est moins exigeant quant aux conditions légales d'exploitation des droits.

Cette différence d'approche de la gestion collective s'explique encore par l'assimilation (certes un peu hâtive) du podcasting à la radio par certaines sociétés de gestion américaines, qui ont choisi d'inclure le podcasting à leurs licences de radio internet. Le droit américain soumettant les webradios au régime de la licence légale (sous certaines conditions toutefois) (39), l'obligation d'autorisation des titulaires de droits exclusifs n'a pas la même force outre Atlantique.

Le podcasting illustre la difficulté à déterminer le régime juridique des nouveaux services électroniques de fourniture de contenu. Si la prudence est de rigueur, il y a néanmoins urgence à clarifier le statut juridique du podcasting afin de faciliter la tâche aux ayants droit qui souhaitent, légitimement, adapter l'exercice de leurs droits aux nouveaux usages permis par la technique. Les projets de licences des sociétés de gestion collective vont dans le sens de cette adaptation, perpétuelle, du droit à la technique.

A.-C. L.

36. L'obtention d'une licence auprès de chacune des sociétés américaines mandatées pour le droit de représentation est nécessaire, dans la mesure où chacune d'elles représente un répertoire distinct.

37. La MCPC (gérant le droit de reproduction mécanique) et la PRS (gérant le droit de représentation des auteurs et éditeurs de musique) se sont regroupées pour assurer une gestion commune des droits de leurs membres au bénéfice des exploitants de musique sur internet.

38. "Blog" ou "bloc-notes" : « Site sur la toile, souvent personnel, présentant

en ordre chronologique de courts articles ou notes, généralement accompagnés de liens vers d'autres sites. » (Définition de la Commission générale de terminologie et de néologie publiée au *JO* en date du 20 mai 2005). Les blogs peuvent être illustrés par de la musique.

39. Cf. Section 114 du Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Sur la question des webradios en droit américain, voir notamment D. Forest, *Expertises*, avril 2005, doc., p. 135 ; S. Beghe et L. Cohen-Tanugi, *Légipresse*, 2001, n° 178, II, p. 1.