

Les logiciels d'échange ou de téléchargement dits systèmes de *peer-to-peer* sont apparus à la fin des années nonante. Ils permettent d'échanger à distance et entre utilisateurs inconnus de multiples fichiers électroniques, sonores et vidéo. Aux Etats-Unis, il s'est très tôt fait sentir le besoin de contrôler l'émergence de ces logiciels qui permettent la violation du droit d'auteur. C'est pourquoi, un détour par le pays de l'Oncle Sam n'est pas inutile car il permet d'envisager ce qui nous attend avec un « décalage » de plus ou moins dix ans².

Le combat judiciaire contre le téléchargement illégal comporte de multiples facettes. En effet, les ayants droit poursuivent non seulement directement en justice les éditeurs de logiciels d'échange (sujet de notre étude) mais aussi les fournisseurs d'accès à internet qui permettent l'accès à ces logiciels ainsi que les simples internautes qui les utilisent. Notre contribution analysera la jurisprudence américaine en matière de lutte contre les éditeurs de logiciels d'échange (Chapitres 1 à 4) ainsi que celle rendue en la matière dans d'autres pays (Chapitre 5). Nous dirons aussi quelques mots en conclusion de l'affaire qui oppose pour l'instant la Sabam à Tiscali/Scarlet, fournisseur d'accès à internet.

Chapitre 1 : Présentation des théories de responsabilité américaine

En droit américain, la responsabilité en matière de droit d'auteur³ est divisée en deux parties⁴ : (1) la responsabilité primaire ou directe⁵ qui sanctionne ceux qui violent directement le droit d'auteur en exerçant un des droits exclusifs de l'auteur sans son consentement et (2) la

¹ L'auteur est titulaire d'un Master en droits intellectuels.

² Il est permis d'accéder à l'ensemble des décisions citées en consultant les sites www.findlaw.com et www.juriscom.net.

³ Les droits exclusifs des auteurs sont énumérés à l'art. 106 du Titre 17 du *United States Code* (le Titre 17 reprend le *Copyright Act* (droit d'auteur) tandis que le Titre 35 reprend le *Patent Act* (droit des brevets)).

⁴ Hays Th., « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part 1)* », *E.I.P.R.*, 2006, n° 12, p. 618.

responsabilité secondaire ou indirecte⁶ concernant les personnes qui, commercialement, facilitent ou aident les personnes responsables d'une violation directe. La responsabilité indirecte se subdivise elle-même en deux sous-théories : la responsabilité indirecte accessoire⁷ et la responsabilité indirecte du fait d'autrui⁸.

Selon la première de ces deux sous-théories, une personne sera responsable lorsqu'elle incite, provoque ou contribue matériellement et en toute connaissance de cause à la violation directe du droit d'auteur commise par autrui. La responsabilité du fait d'autrui, deuxième sous-théorie, existe lorsqu'une personne, qui bénéficiera d'avantages financiers des violations du droit d'auteur, est en position d'autorité sur la personne commettant la violation directe.

Si un ayant droit désire engager la responsabilité indirecte d'un opérateur économique, il doit donc prouver, d'une part, que les utilisations du système mis au point par ledit opérateur économique violent directement ses droits et, d'autre part, que l'opérateur économique y contribue au titre de l'une ou l'autre (ou des deux) type(s) de responsabilité(s) indirecte(s). Inversement, afin de ne pas voir sa responsabilité engagée, l'opérateur économique devra le convaincre que les utilisations de son système sont parfaitement licites et, à titre subsidiaire, si les utilisations de son système sont déclarées illicites, qu'il n'y contribue pas.

A côté des théories de responsabilité indirecte, existe aussi, en droit américain, la doctrine de l'utilisation équitable⁹ permettant des usages limités et raisonnables des œuvres protégées sans l'autorisation des auteurs.

Chapitre 2 : Le prédécesseur : l'arrêt *Sony-Betamax*

C'est avec l'affaire Sony-Betamax que nous allons commencer notre étude. Lorsqu'au début des années 80, Sony mit sur le marché ses magnétoscopes au format Betamax, il fut très

⁵ La *primary* ou *direct liability*.

⁶ La *secondary* ou *third-party liability*.

⁷ La *contributory liability* ou *infringement*.

⁸ La *vicarious liability*.

⁹ *Fair use theory* (appelée aussi en français « théorie de l'usage loyal »). Cette théorie jurisprudentielle a été codifiée à l'art. 107 du Titre 17 du *United States Code*.

vite attaqué en justice par Universal Studios et Walt Disney Productions (ci-après « les Studios »).

Section 1 : Sony responsable ? Première instance et appel se contredisent

Les Studios considéraient que les magnétoscopes et les cassettes vidéos vendus par Sony étaient utilisés principalement pour commettre des violations du droit d'auteur, à savoir l'enregistrement de programmes protégés par le droit d'auteur dont ils détenaient les droits. Les Studios prétendaient aussi que Sony avait connaissance des actes de ses acheteurs. Ils réclamaient des dommages et intérêts ainsi que, ni plus ni moins, l'interdiction de produire et de vendre les magnétoscopes.

Le tribunal de première instance donna raison à Sony¹⁰ en considérant que l'enregistrement privé d'émissions (le « *non-commercial home-use recording* ») en vue de les regarder plus tard (le « *time shifting* ») bénéficie de l'application de la théorie de l'utilisation équitable. De plus, même si l'enregistrement de programme doit être considéré comme une utilisation illicite, Sony ne peut en être rendu responsable puisqu'il ne participe en aucune façon à cette utilisation. La cour d'appel, quant à elle, considéra que la responsabilité accessoire de Sony était pleinement établie¹¹. Selon la cour, les magnétoscopes sont vendus principalement dans le but d'enregistrer des œuvres télévisées protégées. Le probable manque de connaissance de Sony de cette utilisation n'exclut en rien sa responsabilité mais réduit uniquement le montant des dommages et intérêts à payer aux Studios.

Section 2 : La Cour suprême innocente Sony

L'affaire fut finalement portée devant les juges de la Cour suprême américaine qui cassèrent, par cinq voix contre quatre, le 17 janvier 1984, la décision de la cour d'appel¹².

¹⁰ Décision du Tribunal de première instance (*Central District of California*) du 2 octobre 1979.

¹¹ Décision du 19 octobre 1981 de la Cour d'appel du neuvième circuit.

¹² Voy., à propos de l'arrêt de la Cour suprême (e.a.) : Band J. et McLaughlin A. J., « *The Marshall Papers: A peek behind the scenes at the making of Sony v. Universal* », disponible sur

Sous-section 1 : Théorie de l'article commercial de base

La Cour suprême refusa de rendre Sony responsable sur la base de l'une des théories de responsabilité indirecte.

Pour la Cour suprême, Sony ne peut être rendu responsable du fait d'autrui pour les violations commises par l'intermédiaire de ses magnétoscopes puisqu'il n'est aucunement dans la position de pouvoir en contrôler l'utilisation. En effet, Sony n'a de contact avec ses clients que lors de la vente de ses appareils. Si Sony devait quand même être rendu responsable, cette responsabilité devrait être limitée au fait qu'il a vendu des appareils avec la probable connaissance que ses utilisateurs pourraient copier des œuvres protégées.

Ne trouvant toutefois aucun précédent jurisprudentiel en droit d'auteur sur ce sujet, la juridiction suprême va se tourner vers le droit américain des brevets pour déterminer la responsabilité à appliquer dans une telle situation¹³. En droit américain des brevets¹⁴, la vente d'un article commercial de base¹⁵ qui ne viole pas de manière substantielle les droits protégés du titulaire d'un brevet ne constitue pas une violation indirecte accessoire desdits droits¹⁶.

La Cour suprême analyse alors l'utilisation des magnétoscopes Sony afin de déterminer s'ils sont substantiellement utilisés à des fins licites ou illicites. A ce sujet, elle rappelle que toute utilisation non autorisée d'une œuvre protégée n'est pas en soi illicite. En effet, une telle utilisation peut tomber dans le champ d'application de la théorie de l'utilisation équitable. Une des conditions d'application de cette exemption de responsabilité est que l'utilisation en question soit non commerciale.

<http://w2.eff.org/legal/cases/betamax/#documents>; Pech L. et Coyne M., « Une victoire à la Pyrrhus pour l'industrie du divertissement ? La distribution de logiciel de *peer-to-peer* à l'épreuve de la Cour suprême américaine », *R.L.D.I.*, sept. 2005, n° 8, p. 6-7 ; De Keersmaecker Ch., « *Het Amerikaanse Hooggerechtshof brengt p2p-makers gevoelige slag toe* », *I.R.D.I.*, 2006, p. 84 ; Hays Th., « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part I)* », *E.I.P.R.*, 2006, n° 12, p. 620.

¹³ « (...) because of the historic kinship between patent law and copyright law ». La référence au *Patent Act* que l'on retrouvera plus tard dans l'arrêt *Grokster* n'est donc pas surprenante (voy. *infra*).

¹⁴ Art. 271, c) du Chapitre 28, Partie III du Titre 35 des *United States Codes*.

¹⁵ « *A staple article of commerce* ».

Se fondant sur les conclusions de première instance, la Cour suprême considère que le « *time-shifting* » ne nuit aucunement aux activités commerciales actuelles ou futures des Studios. Cette utilisation majoritaire des magnétoscopes Sony doit être considérée comme une activité non commerciale et bénéficier de l'exemption issue de la doctrine de l'utilisation équitable. Par conséquent, puisque les magnétoscopes sont susceptibles de telles utilisations substantielles, utilisations considérées comme licites, Sony, en tant que vendeur de tels appareils, ne peut être rendu responsable des violations des droits détenus par les Studios commises par l'intermédiaire de ceux-ci.

Sous-section 2 : Les conséquences de l'arrêt Sony-Betamax

Pendant près de vingt ans, la jurisprudence Sony a été d'un énorme intérêt pour le monde industriel. Elle favorisa le développement technologique de produits permettant des utilisations licites substantielles même si ceux-ci permettent des usages contrefaisants minimes. Toutefois, la signification et l'étendue de la protection offerte par la jurisprudence Sony-Betamax ne sont jamais apparues clairement, la Cour suprême américaine elle-même refusant de donner plus de précisions¹⁷. Toutefois, depuis quelques années et le développement des réseaux de *peer-to-peer*, il est apparu de plus en plus urgent de redéfinir la jurisprudence Sony-Betamax.

Chapitre 3 : L'affaire *Napster*

Napster fut l'occasion pour la jurisprudence américaine d'appliquer pour la première fois la jurisprudence Sony-Betamax aux réseaux de *peer-to-peer*. Le système mis au point n'était

¹⁶ L'affaire anglaise de *CBS v. Amstrad* de 1988 fondée sur les mêmes principes procure en *Common law* anglaise un niveau de protection équivalent.

¹⁷ Selon la doctrine américaine, « *the strength of the Betamax defence has always been questionable* » (Hays Th. in « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part 1)* », *E.I.P.R.*, 2006, n° 12, p. 620). De plus, la fourniture d'un article commercial de base ne rendant pas responsable son fournisseur selon la jurisprudence Sony pourrait aujourd'hui être remise en cause après le vote du *Digital Millenium Copyright Act* (le *D.M.C.A.*) (et plus spécialement le nouvel art. 1201 du Titre 17 de l'*United States Code* introduit par le *D.M.C.A.*) du

pas complètement décentralisé au contraire des programmes de *peer-to-peer* actuels. En effet, chez Napster, la recherche de fichiers était effectuée directement via ses propres servers.

Section 1 : Napster déjà mis en échec en première instance

En décembre 1999, les *majors*¹⁸ poursuivirent Napster pour violation du droit d'auteur. Pour ces sociétés, il ne fait aucun doute que Napster est responsable selon les deux théories habituelles de la responsabilité indirecte. Le 26 juillet 2000, la juge de première instance Patel se prononça sur la demande d'injonction¹⁹ des sociétés musicales²⁰.

Un rapport accablant présenté en cours de procédure persuada la juge quant au caractère illicite des échanges effectués par les utilisateurs de Napster. Ce rapport démontrait que plus de 87 % des échanges concernaient des œuvres protégées. Afin de contrer cette conclusion, Napster prétendit d'une part que les utilisations de son programme respectent la doctrine de l'utilisation équitable et, d'autre part, invoquant la jurisprudence *Betamax*, que les téléchargements illicites commis par l'intermédiaire de son logiciel ne représentent en réalité qu'une infime partie de l'utilisation qui est faite de son programme. Ces arguments furent rejetés l'un comme l'autre par la juge Patel.

La juge, convaincue de l'illicéité des actes des utilisateurs de Napster, analyse alors le rôle de Napster par rapport à ces violations commises par son intermédiaire. Elle considère

fait des utilisations possibles du produit pour aider à contourner des mesures anti-copies (Hays Th., *idem*, p. 620).

¹⁸ Les *majors* sont les quatre sociétés qui se partagent l'essentiel du marché de l'édition du disque. Il s'agit d'Universal Music Group, de Sony BMG, d'EMI Group et de Warner Music Group.

¹⁹ Une injonction préliminaire (« *a preliminary injunction* ») peut être autorisée lorsqu'une partie démontre soit une probabilité de succès de son action et la possibilité d'un dommage irréparable, soit que des questions sérieuses ont été soulevées et que la balance des intérêts (« *the balance of hardship tips* ») penche en sa faveur. Une injonction préliminaire est ordonnée par un juge préalablement à une action judiciaire empêchant une partie de continuer un certain comportement jusqu'au jugement au fond de l'action en question.

²⁰ Voy., à propos de cette décision, (e.a.) : De Groote B., « *Amerikaans auteursrecht haalt Napster onderuit* », *Juristenkrant*, 2001, n° 24, p. 17 ; Rue G. et De Patoul F., « L'affaire Napster ou le difficile équilibre entre le droit d'auteur et le respect de la vie privée », *Rev. Ubiquité*, 2002, n° 12, p. 7 ; Van Bunn L., « L'affaire Napster à l'origine de l'effondrement du marché du disque », *A&M*, 2005/1, p. 53 ; Pech L. et Coyne M., « Une victoire à la Pyrrhus pour l'industrie du divertissement ? La distribution de logiciel de *peer-to-peer* à l'épreuve de la Cour suprême américaine », *R.L.D.I.*, sept.

que la responsabilité de la société est engagée au titre de la violation indirecte accessoire. En effet, des documents internes à la société démontrent que les dirigeants de Napster étaient parfaitement au courant de l'usage illicite de leur logiciel et qu'ils cherchaient même à protéger, voire à propager un tel usage. De plus, Napster, grâce à ses nombreuses possibilités de recherches, contribuait matériellement aux activités illicites de ses utilisateurs.

Pour démontrer que la responsabilité de Napster est aussi engagée au titre de la responsabilité du fait d'autrui, la juge retint en particulier le fait que Napster contrôle l'utilisation qui est faite de son logiciel. En effet, il possède la possibilité technique d'en bloquer l'accès à un utilisateur déterminé. De plus, même si Napster ne percevait aucun revenu en tant que tel de son logiciel, qu'il était possible de télécharger et d'utiliser gratuitement, des documents de la société prouvaient à suffisance que ses dirigeants espéraient bien, un jour, pouvoir tirer profit de l'immense base de données de leurs utilisateurs²¹.

Après avoir rejeté les autres arguments de Napster, la juge Patel rend donc une injonction préliminaire à l'encontre de Napster. Elle ordonne à ce dernier de ne plus contribuer à la copie ou à d'autres infractions à l'encontre des chansons protégées sans l'accord express des ayants droit concernés. Cette injonction devait prendre effet le 29 juillet 2000. Toutefois, le 27 juillet 2000, Napster va en appel de la décision de la juge Patel, cour d'appel qui, en attendant de rendre sa décision, suspendit l'exécution de l'injonction.

Section 2 : La cour d'appel confirme la décision de la juge Patel

Le 12 février 2001, la cour d'appel se prononce sur l'injonction préliminaire²². Elle va suivre la décision de première instance tout en modifiant légèrement son injonction finale.

2005, n° 8, p. 7 ; Hays Th., « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part 2)* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 1, p. 15.

²¹ Via de la publicité personnalisée, des liens vers des sites commerciaux, la vente de produits commerciaux Napster, l'installation de versions payantes de Napster, etc.

²² Voy. à propos de cet arrêt (e.a.) : Visser D., « *De Napster-beslissing van 12 februari 2001 van het Court of Appeals for the ninth circuit* », *AMI*, 2001, p. 35 ; Akester P., « *Copyright and the P2P challenge* », *E.I.P.R.* 2005, n° 7, 106-107 ; Piasentin R.C., « *Unlawful ? Innovative ? Unstoppable ? A comparative analysis of the potential legal liability facing P2P end-users in the United States, United Kingdom and Canada* », *International Journal of Law and Information Technology*, 2006, n° 2, p.

Sous-section 1 : Napster responsable selon les deux théories de responsabilité

Selon la cour d'appel, il est clair que les utilisateurs de Napster, en reproduisant illégalement et en mettant à la disposition d'autrui de manière illicite des œuvres protégées, violent les droits de reproduction et de distribution, droits exclusifs des ayants droit.

A ce sujet, la cour d'appel, comme le tribunal de première instance, rejette l'argumentation de Napster fondée sur le fait que les utilisations de son programme peuvent bénéficier de la doctrine de l'utilisation équitable²³. Ainsi, à l'instar de la juge Patel, les juges de la cour d'appel analysèrent l'ensemble des utilisations de Napster comme étant des violations directes du droit d'auteur. Ce fait établi, la cour d'appel examine alors le comportement de Napster afin de voir si sa responsabilité peut être engagée au titre de la violation accessoire et/ou de la responsabilité du fait d'autrui.

La cour d'appel confirme la décision de première instance quant à la responsabilité indirecte accessoire de Napster. En effet, ce dernier, de par son attitude, assistait et même encourageait sciemment les actes illicites de ses utilisateurs.

Par rapport à la connaissance de Napster des actes illicites commis par ses utilisateurs, la cour d'appel s'éloigne quelque peu des prémisses de la décision du tribunal de première instance tout en concluant pourtant de la même façon. Selon la cour d'appel, le tribunal de première instance aurait dû, dans la lignée de la jurisprudence Sony-Betamax, analyser plus en profondeur l'impact des utilisations licites (mêmes futures) de Napster par rapport à ses utilisations illicites afin de déterminer si celui-ci avait ou non une connaissance suffisante des utilisations illicites de son programme.

195 ; Giblin-Chen R., « *Rewinding Sony : An inducement theory of secondary liability* », *E.I.P.R.* 2005, p. 429 ; Pech L. et Coyne M., « Une victoire à la Pyrrhus pour l'industrie du divertissement ? La distribution de logiciel de *peer-to-peer* à l'épreuve de la Cour suprême américaine », *R.L.D.I.*, sept. 2005, n° 8, p. 7.

²³ Napster prétendait en particulier que le *sampling* (échantillonnage) (= téléchargement d'un ou de deux morceaux d'un album) et le *space-shifting* (conversion par une personne d'un compact disc en fichiers MP3 et transfert de ces fichiers électroniques via Napster vers un autre ordinateur détenu par la même personne) étaient des utilisations de son programme pouvant bénéficier de l'exemption en question.

Toutefois, la cour d'appel ne va pas jusqu'à se détourner entièrement de la décision de première instance. En effet, elle ajoute, « *qu'importe le nombre des utilisations licites par rapport aux utilisations illicites de Napster, le dossier confirme la conclusion du tribunal de première instance que les plaignants, si l'affaire devait être portée au fond, arriveraient à prouver que Napster connaissait ou avait des raisons de connaître que ses utilisateurs violaient les droits des majors* ». La cour d'appel fit ici application d'une jurisprudence²⁴ qui avait permis d'engager la responsabilité indirecte accessoire de la personne qui gère un système lorsqu'il est prouvé que (1) cette personne savait que du matériel illicite transitait via son système et (2) que cette personne a échoué dans la suppression de ce matériel illicite.

A propos de la responsabilité indirecte du fait d'autrui et concernant la question du contrôle de Napster sur son logiciel, la cour d'appel va, pour la seconde fois, s'éloigner quelque peu des dires du tribunal de première instance tout en arrivant pourtant à la même conclusion. Pour le tribunal de première instance, Napster a un pouvoir total de contrôle sur son système lui permettant d'empêcher, s'il le souhaite, toute activité illicite commise par l'intermédiaire de son programme. Selon la cour d'appel, les pouvoirs de contrôle de Napster sont plus limités. En effet, elle rappelle que Napster ne lit pas les contenus des fichiers que les utilisateurs mettent à la disposition d'autrui mais se limite à les indexer après avoir vérifié qu'ils sont bien encodés au format MP3. Toutefois, cette restriction aux pouvoirs de Napster ne suffit pourtant pas à l'exonérer de toute responsabilité. En effet, Napster garde le pouvoir et les capacités techniques de connaître, lorsqu'il indexe les fichiers, les noms de ceux-ci et dès lors de savoir si ce nom correspond à celui d'une chanson protégée.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments, la cour d'appel considère que la responsabilité de Napster peut donc être aussi engagée au titre de la responsabilité du fait d'autrui.

Sous-section 2 : Fusion des deux théories de responsabilité indirectes

²⁴ Aff. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.* de 1995.

Après avoir rejeté les autres moyens de défense soulevés par Napster²⁵, la cour d'appel analyse l'injonction de première instance. Elle va en modifier légèrement son contenu.

Alors que la cour d'appel admet la nécessité d'une injonction préliminaire à l'encontre de Napster, elle décida que l'obligation de veiller à l'utilisation licite de son programme ne devait pas être entièrement à charge de Napster. Avant que ce dernier ne soit dans l'obligation d'agir, il doit être mis en demeure par les *major*s de retirer les œuvres protégées leur appartenant.

Dans ce litige, les considérations des juges représentent une fusion des deux théories de responsabilité indirecte spécialement appliquée aux transactions électroniques²⁶. La capacité de Napster à contrôler les activités de ses utilisateurs et à pouvoir refuser à certains l'accès à sa banque de données combinée à sa connaissance (ou possibilité de savoir) des activités illicites de ses utilisateurs a fait naître dans son chef l'obligation d'agir afin d'empêcher ces violations (un « *duty to act* »). Un défaut d'agir (un « *failure to act* »), en l'espèce, va être analysé comme une participation substantielle dans les activités illicites des utilisateurs des réseaux. Autrement dit, à faciliter de manière active les violations directes du droit d'auteur et à être rendu dès lors responsable de ces activités.

Chapitre 4 : L'affaire *Grokster*

²⁵ Napster prétendait (e.a.) qu'il pouvait bénéficier de la protection (le *safe harbor*) incluse en *Copyright Law* par le *Digital Millenium Copyright Act (D.M.C.A.)* (le *D.M.C.A.* est une loi américaine modifiant la législation en matière de droit d'auteur). Le *D.M.C.A.* a créé une exemption de responsabilité pour les fournisseurs d'accès à internet. Napster prétendait que cette exemption pouvait lui être appliquée. Ce que refusa le tribunal de première instance. La cour d'appel fut plus nuancée dans sa réponse. Selon elle, le fait que Napster était (potentiellement car on se situe dans une procédure en référé) responsable des violations commises par ses utilisateurs ne permettait pas d'exclure *a priori* que le *D.M.C.A.* et le *safe harbor* qu'il a inséré en droit d'auteur ne pouvait lui être applicable *per se*. La cour d'appel n'en dit pas plus et renvoya au futur procès au fond qui devait se prononcer sur ce point. Ce qu'elle devait analyser et ce qui devait fonder sa décision, c'était de voir de quel côté, avec tous les éléments qui étaient à sa disposition, penchait la balance des intérêts.

²⁶ Hays Th., « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part 1)* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 1, p. 16.

Le célèbre contentieux commence en octobre 2001 quand des membres de l'industrie du disque et du cinéma américain²⁷ introduisent une action judiciaire à l'encontre de Grokster et StreamCast Networks, fournisseurs de logiciels de *peer-to-peer* utilisés massivement pour l'échange d'œuvres protégées. Contrairement à Napster, ces réseaux sont décentralisés, chaque utilisateur de ces réseaux participant à la réception et à l'envoi des données sans plus aucune intervention des fournisseurs des logiciels.

Section 1 : En première instance et en appel, les éditeurs de logiciels sont innocentés

Tant en première instance qu'en appel, StreamCast Networks et Grokster ne furent pas tenus responsables des infractions au droit d'auteur commises par les utilisateurs de leurs logiciels d'échange. En effet, selon les juges de premier²⁸ et de second degrés²⁹, ces deux sociétés ne participent aucunement aux violations du droit d'auteur puisqu'elles ne font que distribuer un logiciel utilisé, par après, à des fins illicites. De plus, ces réseaux ont une architecture décentralisée fortement différente de celle de Napster. Les diffuseurs de logiciels permettant de se connecter à des réseaux décentralisés n'ont pas la capacité de les superviser et de contrôler l'utilisation qui en est faite. Dès lors, ils n'ont plus la possibilité de connaître et d'empêcher les infractions commises par l'intermédiaire du produit qu'ils distribuent.

A défaut d'intervention législative, la lecture de la jurisprudence Sony est à ce moment relativement limpide : les fournisseurs de logiciels d'échange de fichiers pourront échapper à toute mise en cause de leur responsabilité indirecte si (1) le logiciel permet des usages non contrefaisants de manière substantielle, (2) les fournisseurs des logiciels n'ont pas

²⁷ Vingt-huit maisons de disques et studios de cinéma se sont associés afin de combattre Grokster et StreamCast. Tous les documents de ce contentieux sont disponibles sur le site de l'*Electronic Frontier Foundation* à l'adresse suivante : http://w2.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/.

²⁸ Décision du 25 avril 2003 du tribunal de première instance de Los Angeles (*Central district of California*).

²⁹ Décision du 19 août 2004 de la neuvième cour d'appel fédérale des Etats-Unis.

véritablement connaissance d'usages illicites spécifiques³⁰ en raison de la nature décentralisée de leurs réseaux, pas plus que (3) la capacité de superviser l'activité des contrefacteurs³¹.

Section 2 : La Cour suprême condamne les agissements des deux sociétés

L'affaire fut portée jusque devant la Cour suprême. L'ensemble de la doctrine attendait avec impatience l'arrêt de celle-ci et les précisions qu'il se devait de contenir quant au seuil au-delà duquel les usages contrefaisants d'un produit quelconque peuvent engager la responsabilité des concepteurs du produit lorsque ce dernier peut être utilisé tant licitement qu'illégalement³². La réponse de la Cour suprême fut pourtant évasive.

Sous-section 1 : Grokster et StreamCast responsables d'avoir provoqué les violations

Contrairement aux juridictions de première instance et d'appel, la Cour suprême condamna les activités de Grokster. En effet, elle décida à l'unanimité, le 27 juin 2005, que toute personne qui distribue un dispositif en promouvant son utilisation illicite en matière de droit d'auteur peut être tenue responsable des actes résultant de la violation de la loi par des tiers ayant recours à ce système³³.

La Cour suprême récapitule, dans son arrêt, les multiples preuves indiquant que la responsabilité de Grokster et StreamCast peut être engagée :

(1) le fait que chacune des deux sociétés voulait combler le vide laissé par Napster suite à sa fermeture et satisfaire ainsi les mêmes clients. Leurs publicités³⁴ faisaient d'ailleurs référence

³⁰ Condition en matière de *contributory infringement*.

³¹ Condition en matière de *vicarious infringement*.

³² Pech L. et Coyne M., « Une victoire à la Pyrrhus pour l'industrie du divertissement ? La distribution de logiciel de *peer-to-peer* à l'épreuve de la Cour suprême américaine », *R.L.D.I.*, sept. 2005, n° 8, p. 8.

³³ Sur cet arrêt, voy (e.a.) : Fries J., « *MGM v. Grokster : Liability for third-party infringement* », *The Computer and Internet Lawyer*, 2005, n° 10, p. 5-6 ; Ginsburg J., « Nouvelles des Etats-Unis : responsabilité pour complicité de contrefaçon. La décision de la Cour suprême du 27 juin 2005 dans l'affaire *MGM v. Grokster* », *A&M*, 2005, 290-293 ; Wéry E., « La Cour suprême américaine signe l'arrêt de mort de deux réseaux *peer-to-peer* » (disponible sur www.droit-technologie.be en date du 29 juin 2005) ; Koelman K.J., « *MGM vs. Grokster – Aka Auteursrecht vs. Techniek* », *Computerrecht*, 2005, p. 39 ; Giblin-Chen R., « *On Sony, StreamCast, and Smoking Guns* », *E.I.P.R.*, 2007, p. 216.

³⁴ La Cour suprême rappelle plusieurs fois dans son arrêt que l'incitation à commettre des contrefaçons se remarquera surtout par la publicité des sociétés incitatrices.

à Napster en stipulant clairement qu'ils entendaient être les successeurs de ce dernier et cela même après les décisions judiciaires rendues contre lui. Cela apparaissait aussi de documents internes qui faisaient expressément mention de Napster, du fait que Grokster prit un nom qui manifestement dérivait de Napster et que les logiciels fonctionnaient d'une manière similaire;

(2) les deux sociétés n'avaient jamais cherché à installer des filtres pour empêcher les recherches illégales allant même jusqu'à refouler les propositions de sociétés tierces qui se proposaient d'effectuer un tel filtrage³⁵;

(3) ces deux sociétés gagnaient énormément d'argent grâce à la publicité que l'on pouvait voir sur leur site ou sur les écrans des utilisateurs de leur programme³⁶.

La responsabilité de Grokster et de StreamCast ne découle pas d'un de ces indices en particulier mais de l'ensemble de ceux-ci. De leur union, il ressort, selon la juridiction suprême, que : « *The unlawful objective is unmistakable* ».

Dans son arrêt, la Cour suprême reproche à la cour d'appel d'avoir mal interprété la jurisprudence Sony. Elle rappelle qu'à côté des deux théories de responsabilité indirecte existent d'autres concepts de responsabilité. Les faits mêmes de l'affaire ne permettaient en réalité pas d'appliquer l'une ou l'autre des deux théories de responsabilité indirecte mais bien celle de la responsabilité par incitation, théorie de responsabilité fondée sur le pur concept de faute et prenant, dans un cas comme celui-ci, le pas sur la jurisprudence Sony.

Sous-section 2 : La jurisprudence Sony-Betamax complétée

En réexpliquant en droit d'auteur la responsabilité par incitation, la Cour suprême ne fait que rapprocher un peu plus deux sphères juridiques fort proches, celle concernant les brevets et celle relative au droit d'auteur. En effet, en droit américain des brevets, lorsqu'une partie

³⁵ Concernant ce point, la Cour suprême précise que, dans le cas où une société n'a pas incité ses utilisateurs à violer les droits d'auteurs et dans le cas où le produit est capable d'utilisations licites substantielles, le fait d'échouer quant au fait de transformer son produit dans le but de rendre les violations commises par les utilisateurs plus difficiles, ne suffit pas en soi à rendre quelqu'un responsable sous la théorie de la *contributory infringement liability*.

³⁶ Sur ce point, la Cour suprême ajoute aussi un bémol : « *This evidence alone would not justify an inference of unlawful intent, but viewed in the context of the entire record its import is clear* ».

commercialise un produit qui peut être utilisé autant pour commettre des violations du droit des brevets que pour ne pas en commettre, cette personne ne pourra être rendue responsable des violations commises à l'aide de son produit que si on peut démontrer l'existence d'une faute dans son chef. Cette faute sera prouvée lorsque la partie qui offre un tel produit mixte encourage les infractions, par exemple, par le biais de publicités démontrant que le produit peut commettre de telles infractions³⁷.

La Cour suprême laisse donc le test issu de la jurisprudence Sony en état tout en le complétant d'une nouvelle étape : une partie qui commercialise un produit mixte ne pourra être rendue complice des violations commises par autrui s'il peut être démontré (1) que le produit en question a des utilisations substantielles licites et (2) qu'elle commercialise le produit en n'ayant pas l'intention de promouvoir les violations du droit d'auteur³⁸. Les deux tests devront donc être satisfaits *en même temps* pour éviter toute condamnation.

Sous-section 3 : Conséquences de l'arrêt Grokster

Suite à l'arrêt de la Cour suprême, la confusion qui existait quant à l'application de la jurisprudence Sony au regard des réseaux de *peer-to-peer* reste totale. En effet, après avoir décidé que les juges d'appel auraient dû appliquer la théorie de l'incitation à la contrefaçon, la Cour suprême refusa purement et simplement de revisiter le test Sony³⁹ et donc de clarifier la situation. La raison en était que les neuf juges suprêmes n'ont pu arriver à une conclusion unanime sur le sujet⁴⁰.

La Cour suprême règle donc uniquement, dans sa décision, le sort des entreprises les plus contestables, tout en laissant une certaine marge de manœuvre (toujours indéfinie) pour les

³⁷ De Keersmaecker Ch., « *Het Amerikaanse Hoogerechtshof brengt p2p-makers gevoelige slag toe* », *I.R.D.I.*, 2006, p. 85.

³⁸ De Keersmaecker Ch., « *Het Amerikaanse Hoogerechtshof brengt p2p-makers gevoelige slag toe* », *I.R.D.I.*, 2006, p. 86; Giblin-Chen R., « *Rewinding Sony: An inducement theory of secondary liability* », *E.I.P.R.* 2005, p. 431 et Gasser U. et Palfrey J.G., « *Catch-as-catch-can: a case note on Grokster* », disponible sur le site de <http://cyber.law.harvard.edu/home/2005-10>, p. 10.

³⁹ Rejetant son actualisation « *for a day when that may be required* », précise-t-elle dans son arrêt.

entreprises dont les innovations, bien que capables de faciliter la contrefaçon, ont aussi des buts et des utilisations innocents et contribuent à l'évolution de la technologie.

La jurisprudence Sony continue donc à soulever des questions et son application aux réseaux d'échange toujours autant incertaine. L'ambiguïté subsiste sur l'envergure de la contrefaçon que le droit de la responsabilité dérivée est prêt à tolérer lorsque le fournisseur d'un dispositif capable d'utilisations licites aussi bien qu'illicites n'aura pas encouragé ses utilisateurs à commettre des contrefaçons. Comme le précise J. Ginsburg⁴¹, pour l'après Grokster, on peut s'attendre à ce que les litiges approfondissent les éléments probatoires de l'intention de faciliter la contrefaçon. Il reste aussi à savoir dans quelle mesure la responsabilité dérivée sera retenue en-dehors de l'hypothèse de l'incitation⁴².

Chapitre 5 : Situation en Europe et dans le reste du monde

En ce qui concerne les actions judiciaires introduites contre les fournisseurs de logiciels d'échange en-dehors des Etats-Unis, les résultats sont, jusqu'à présent, mitigés.

Notons tout d'abord qu'il n'existe pas, dans les autres pays⁴³, de véritable responsabilité indirecte accessoire ou du fait d'autrui telles qu'elles existent aux Etats-Unis en matière de droit d'auteur et qui permettent d'engager des procédures judiciaires à l'instar de celles qui furent introduites contre Napster ou Grokster⁴⁴. C'est pourquoi, nous ne trouvons que de rares cas de jurisprudence en la matière.

⁴⁰ C'est pourquoi, se trouve, à la fin de l'arrêt de la Cour suprême, le texte de deux interprétations concurrentes émises lors du rendu de la décision prouvant qu'au sein même de l'institution judiciaire le débat faisait encore rage sur la portée actuelle de la jurisprudence Sony.

⁴¹ Ginsburg J., « Nouvelles des Etats-Unis : responsabilité pour complicité de contrefaçon. La décision de la Cour suprême du 27 juin 2005 dans l'affaire MGM v. Grokster », *A&M*, 2005, p. 292.

⁴² A ce propos, Daly M. in « *Life after Grokster : Analysis of US and European approaches to file-sharing* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 8, p. 320 note qu'une action judiciaire a été introduite à l'encontre d'un autre éditeur de logiciel d'échange (LimeWire) dans l'état de New-York. Dans cette action, les *majors* ont aussi fondé leur plainte sur la théorie de l'incitation à la contrefaçon. Affaire à suivre...

⁴³ Hors France dans une certaine mesure (voy. *infra*).

⁴⁴ Daly M. (in « *Life after Grokster : Analysis of US and European approaches to file-sharing* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 8, p. 320) analysant la situation en France (avec une réserve depuis l'introduction du nouvel art. L. 335-2-1 dans le Code français de la Propriété intellectuelle), en Allemagne, en Irlande, en Espagne et au Royaume-Uni conclut qu'il est très difficile de prévoir les décisions judiciaires dans ces

En 2002, la Cour d'appel d'Amsterdam⁴⁵ rejeta l'action judiciaire introduite contre le logiciel Kazaa distribué par la société Sharman Networks au motif que cette dernière ne faisait que fournir un logiciel sur lequel il n'a, par la suite, aucun moyen de contrôle. Cette décision a été confirmée, le 19 décembre 2003, par la Cour suprême des Pays-Bas. Par contre, la même société Sharman fut, en 2005 et en Australie, reconnue coupable de stimuler la violation de droit d'auteur. Selon la justice australienne, c'est grâce à ce logiciel de *peer-to-peer* qui exécute et coordonne leurs actions et demandes que les utilisateurs peuvent commettre des violations au droit d'auteur⁴⁶.

Les logiciels de *peer-to-peer* sont aussi mis en cause actuellement devant les juges français⁴⁷. Les producteurs indépendants de musique⁴⁸ leur reprochant de proposer un outil favorisant l'échange de fichiers protégés par le droit d'auteur demandent à la justice française d'ordonner l'arrêt immédiat de la distribution et du fonctionnement de tels logiciels. Les producteurs fondent leur action judiciaire sur le nouvel article L. 335-2-1 du Code français de la propriété intellectuelle⁴⁹. Cet article punit de trois ans de prison et de 300.000 euros d'amende les éditeurs de logiciels d'échange servant à diffuser des copies illégales de films ou de morceaux de musique.

pays dans le cas où une affaire Grokster y serait introduite vu l'absence de réelles *secondary liabilities* dans ces pays.

⁴⁵ Amsterdam, 28 mars 2002, aff. n° 1370/01SKG, disponible sur www.droit-technologie.org. Voy. concernant cet arrêt (e.a.) : *Mediaforum*, 2002/5, p. 188 avec la note de Koelman ; *AMI* 2002/4, p. 134 avec la note de Seignette ; Hays Th., « *The evolution and decentralisation of secondary liability for infringements of copyright-protected works (Part 2)* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 1, p. 17. Le tribunal de première instance avait, lui, condamné Kazaa (Pres. Rb. Amsterdam, 29 november 2001, *AMI*, 2002, n° 1, p. 21 avec la note de Hugenholtz P.B.).

⁴⁶ Clark B., « *Illegal downloads – sharing out online liability : sharing files, sharing risks* », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2007, n° 6, p. 409.

⁴⁷ Dumout E., « *Peer-to-peer : Morpheus, Azureus et Shareaza entraînés en justice par la SPPF* », disponible sur www.zdnet.fr (12 juin 2007) ; X, « *Limewire attaqué par les producteurs indépendants français* » disponible sur www.zdnet.fr (21 décembre 2007) et Bénard D., « *P2P : Limewire dans l'œil du cyclone* », disponible sur www.infos-du-net.com (21 décembre 2007).

⁴⁸ Par l'intermédiaire de la S.P.P.F. (Société civile des producteurs de phonogrammes en France), leur syndicat.

⁴⁹ Art. introduit par l'intermédiaire de la loi française DADVSI du 1^{er} août 2006 (*J.O.* du 3 août 2006). Il s'agit de la loi française transposant la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Ces actions sont une double première. D'une part, il s'agit de la première utilisation de ce nouvel article de loi. D'autre part, c'est aussi la première fois que des procédures sont introduites en France contre les éditeurs des logiciels de *peer-to-peer*. Les juges français se baseront-ils sur les décisions américaines que nous venons de commenter pour prendre leur décision ou prendront-ils une toute nouvelle voie ? Nous ne connaissons les décisions des juges français que dans quelques années, les procédures risquant de prendre du temps.

Des actions judiciaires françaises contre les fournisseurs de logiciels d'échange pourraient aussi être fondées sur la théorie française de la complicité pénale par aide ou assistance⁵⁰ ou sur celle de la responsabilité pour faute en droit civil⁵¹. Toutefois, aucune action en ce sens n'a, jusqu'à aujourd'hui, été introduite.

Concernant la Belgique où, jusqu'à présent, aucun éditeur de logiciel d'échange n'a fait l'objet de poursuites, nous rejoignons la doctrine lorsqu'elle conclut qu' « *en présence d'un système décentralisé, c'est-à-dire en l'absence de serveurs centraux administrés par l'éditeur de logiciels de peer-to-peer, il est peu probable que la responsabilité civile de celui-ci puisse être engagée en droit belge alors qu'il se trouve dans l'impossibilité d'avoir connaissance ou d'exercer un quelconque contrôle quant à l'utilisation de son logiciel* »⁵².

Conclusion : l'affaire Tiscali/Scarlet en Belgique

La Sabam⁵³ a récemment introduit une action en cessation à l'encontre du fournisseur d'accès à internet Tiscali (maintenant Scarlet) devant le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles dans le but de forcer Tiscali/Scarlet à empêcher ses utilisateurs de télécharger illégalement de la musique ou des films par son intermédiaire. Le 26 novembre

⁵⁰ Voy. l'art. L 121-7 du Code pénal français qui dispose que : « *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.* ».

⁵¹ Lucas A., *Propriété intellectuelle*, oct. 2004, p. 921 et Daly M., « *Life after Grokster : Analysis of US and European approaches to file-sharing* », *E.I.P.R.*, 2007, n° 8, p. 320. Dans son article, Daly M. note d'ailleurs que le Code civil espagnol contient aussi une telle règle. Le Code civil belge en contient un aussi.

⁵² Van den Bulck P. et Verbiest Th., « *Peer-to-peer : état des lieux en Belgique* », p. 5, disponible sur www.droit-technologie.org (en date du 29 août 2005).

2004⁵⁴, le président reconnaît que des atteintes au droit d'auteur sont commises par les clients de Tiscali/Scarlet. Toutefois, faute d'être suffisamment éclairé sur la faisabilité technique des mesures que Tiscali devrait prendre en vue d'arrêter lesdites atteintes, il ordonna des mesures d'expertises. L'expert rendit son rapport en janvier 2007. Dans son rapport, l'expert présenta onze solutions dont sept sont susceptibles d'être appliquées à Tiscali/Scarlet dans le but de bloquer ou de filtrer l'échange de fichiers. Le juge rendit sa décision sur la base de ce rapport le 29 juin 2007. Il constata que des solutions techniques existent bel et bien pour faire cesser les atteintes au droit d'auteur que constitue l'échange de fichiers musicaux via des réseaux de *peer-to-peer*. Dès lors, il condamna Tiscali/Scarlet « à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004 en rendant impossible toute forme, au moyen d'un logiciel « *peer-to-peer* » d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la Sabam ». Tiscali/Scarlet a introduit un appel contre cette décision estimant impossible technologiquement d'instaurer des filtres qui empêcheraient le téléchargement illégal. De plus, selon Tiscali/Scarlet, ce serait une grave violation de la vie privée des internautes. La décision d'appel devrait tomber prochainement.

On le voit, la lutte contre les éditeurs de logiciel reste extrêmement complexe et mondiale, le droit semblant toujours en retard par rapport à l'évolution de la technologie.

⁵³ Société de gestion qui gère en Belgique les droits des auteurs, compositeurs et éditeurs d'œuvres du monde entier.

⁵⁴ Concernant ce jugement, voy. Schmitz I., « Le *peer to peer* ou le réveil de robin des bois », *J.T.* n° 6172 du 5 mars 2005, p. 157 et Bodson L., « Partage de fichiers sur Internet : le « *peer to peer* » est-il une « communication au public » ? », *A&M*, 2005/4, p. 279. Voy. également sur la problématique de la responsabilité des fournisseurs d'accès à internet : Deene J., « *Aansprakelijkheid van internet service providers* », *NjW*, 2005, n° 115, p. 722 et Verbiest Th. et de Bellefroid M., « Filtrage et responsabilité des prestataires techniques de l'internet : retour sur l'affaire Sabam c. Tiscali », *Légipresse* n° 246 de nov. 2007, p. 156.