

## À quoi sert l'arrêt Grokster ?

La Cour suprême des États-Unis a dit. 1 Interrogés par les ?industries du copyright? sur la légalité de la mise à disposition de logiciels d'échanges de fichiers autrement appelés peer-to-peer (P2P), les juges américains ont rendu leur copie le 27 juin 2005 alors que le monde entier retenait sa respiration. Qui du copyright ou de la technologie, soudain dos à dos, va gagner ? La Cour suprême allait-elle mettre un coup d'arrêt au peer-to-peer au motif que Grokster et Streamcast permettaient une reproduction d'oeuvres protégées dans des proportions titanesques, au nez et à la barbe des ayants droit ou, au contraire, allait-elle utiliser la logique du safe harbor retenue dans sa décision Sony 2 pour exonérer ces pourvoyeurs de logiciels de toute responsabilité quant à la contrefaçon réalisée par les internautes? Les amateurs de suspens en seront pour leurs frais. Autant l'avouer, il n'y a, à la fin, ni bon ni mauvais, ni gagnant ni perdant et la décision américaine par sa mesure ouvre la voie à toutes sortes d'interprétations triomphalistes par les deux parties? L'ère de la communication est ouverte 3. Côté plaignant, on se félicite de ce que la Cour a réformé les décisions inférieures qui avaient conclu à l'immunité des fournisseurs de logiciels de P2P. Les premiers juges avaient, en effet, appliqué à Grokster et Streamcast le test retenu par la Cour suprême dans la décision Sony, à savoir l'existence d'usages substantiels non contrefaisants (Sniu's) 4, pour exonérer le fabricant de l'outil de toute responsabilité ?dérivée? (secondary) quant à la contrefaçon réalisée principalement par les utilisateurs via cet outil. Ils avaient estimé que la proportion d'usages licites évaluée par les experts à 10 % des échanges, était suffisante pour parvenir à cette conclusion, quand bien même les 90 % restant portaient sur des oeuvres protégées. La balance des intérêts retenue avait fait prévaloir ceux de la technologie et de ses possibles développements futurs au détriment du copyright. La Cour écarte cette interprétation et considère que sa jurisprudence Sony ne peut être lue comme ayant accordé, en raison d'usages substantiels non contrefaisants, un blanc-seing systématique pour qui procure une technologie permettant à ses utilisateurs d'enfreindre le droit d'auteur. D'après la Cour suprême, l'arrêt Sony se serait limité à rejeter le déclenchement d'une responsabilité du fabricant fondée sur la seule combinaison de l'architecture technique du produit et de la connaissance de son usage contrefaisant par des tiers. La Cour estime, en revanche, que Sony n'a pas modifié les règles de la Common Law guidant les principes de la contributory liability (responsabilité par fourniture de moyens) ou de la vicarious liability (défaut de contrôle alors qu'il est possible et profit tiré de l'infraction principale) qui demeurent applicables si de tels comportements sont imputables au fournisseur de technologie. Ainsi, lorsqu'il peut être démontré, au delà donc des propriétés du produit et de la connaissance de son utilisation illicite, qu'existent des déclarations ou des actions qui promeuvent directement la contrefaçon, la règle dégagée dans Sony 5 n'empêche pas de caractériser autrement la responsabilité dérivée. Pas de protection diplomatique pour les fournisseurs de logiciels P2P: l'incitation (inducement) directe à la contrefaçon est punissable. Formulé de manière positive cela revient à dire que «celui qui distribue un objet avec pour but de promouvoir son utilisation afin de

contrefaire le copyright, tel que démontré par des manifestations claires ou d'autres actions positives pour encourager la contrefaçon, est responsable des agissements consécutifs contrefaisants des tiers.» 6 La Cour suprême a dit. Et alors ? 7 Est-ce la fin du P2P pour autant? MGM a-t-elle vaincu les promoteurs d'un système d'échanges de fichiers qui, certes, est utilisé pour faire circuler de la musique et des films mais qui sert également à diffuser, comme le relève la Cour suprême avec humour les écrits de Shakespeare et les briefs (opinions académiques) qui ont précédé l'adoption de sa décision? Rien n'est moins sûr et cette décision est peut être une victoire à la Pyrrhus pour les ayants droit. La Cour suprême n'a pas emboîté le pas des juridictions du fond, c'est certain. Mais elle n'a pas non plus suivi les conclusions des industries culturelles qui l'incitaient à revoir les principes de l'immunité technologique en déterminant des facteurs propres de responsabilité secondaire. La Cour ne touche pas à Sony 8. Tout au plus les juges ont-ils passé en revue ces suggestions pour conclure à l'inefficacité de chacune prise séparément. Plusieurs indices avaient été soumis à l'examen de la Cour pour déclencher la responsabilité secondaire, tels que l'existence d'un business model ? la gratuité de la fourniture du logiciel et la rémunération par la publicité fonction du nombre d'usages ? dont le rendement croît avec la contrefaçon ; le défaut de systèmes de filtrage ou de contrôle ; la structure technologique du logiciel ; les moyens développés pour capter une clientèle louche ? les ?ex napstériens?. Aucun de ces éléments, à lui seul, ne permet de caractériser la responsabilité secondaire. Seule l'existence de publicité avérée pour la commission d'actes de contrefaçon, à travers la communication externe ou interne de l'entreprise qualifie l'incitation délictueuse. En dehors d'une telle preuve, la technique du faisceau d'indices semble devoir être privilégiée. Les juges de renvoi, auxquels la Cour suprême a confié la responsabilité de réexaminer les faits à la lumière de cette nouvelle grille de lecture vont devoir s'acquitter d'une tâche délicate dont nul ne sait a priori l'issue. Elle est d'autant plus compliquée que la Cour suprême elle-même n'est parvenue à se mettre d'accord ni sur le modus operandi, ni sur les équilibres à privilégier. Ainsi, les opinions concurrentes de Justice Ginsburg et de Justice Breyer diffèrent radicalement quant à leurs appréciations des intérêts en présence. Pour la première, l'existence d'une proportion majoritaire d'usages contrefaisants devrait conduire à caractériser la responsabilité dérivée du fournisseur de logiciels, alors que le second s'en tient à la proportion substantielle d'usages susceptibles de ne pas être illicites et à la preuve d'une incitation. Le ratio économique proposé par Justice Ginsburg ? corroboré par la preuve d'une contrefaçon massive ? s'oppose à la vision prospective de Justice Breyer qui privilégie le potentiel de développement de la technologie vers des usages licites. Le P2Pa donc sans doute encore de beaux jours devant lui 9. La réticence de la Cour suprême à entrer dans la logique des ayants droit démontre que l'arrêt Grokster n'est finalement pas d'une grande aide pour les acteurs du copyright 10. Ni aux États-Unis, ni a fortiori en France. Devant les juges du fond ? et non en référé ? , les ayants droit devront établir la preuve d'actes positifs d'incitation et une contrefaçon effective des internautes. La seule existence d'un profit dégagé par le fournisseur de logiciel P2P ne devrait pas suffire à caractériser l'incitation, non plus que l'inexistence de mécanismes de filtrage. Il n'y a guère à s'émouvoir de ces exigences

pour les promoteurs de la technologie. Il leur reviendra à l'avenir d'être plus prudents dans leurs messages publicitaires ou dans leur communication interne afin de ne pas établir de lien évident entre l'usage de leurs logiciels et la contrefaçon. C'est bien la moindre des choses. Certains pousseront peut-être le zèle à mettre en place des messages d'avertissement aux internautes? En France ? Ni le copyright ni les décisions de la Cour suprême ne sont applicables dans l'hexagone. L'existence d'une proportion d'usages non contrefaisants n'est en principe pas un critère d'exonération de la responsabilité pour le droit d'auteur, bien que se profilent certaines appréciations quantitatives pour apprécier l'illicéité d'actes commis sur les réseaux 11. Notre arsenal juridique, civil et pénal, contient de nombreuses pistes pour rechercher la responsabilité de celui qui aide, incite à commettre une contrefaçon : appréciation large de la notion de copiste, complicité, "recel-profit", responsabilité du fait des choses? Encore faut-il établir en amont l'existence d'actes contrefaisants, ce qui n'est pas discuté 12 dans l'arrêt de la Cour suprême mais qui n'est pas encore clairement établi en droit français pour le downloading. La décision Grokster va peut-être donner l'envie aux ayants droit français de s'attaquer non plus aux seuls internautes mais de se mesurer également aux intermédiaires qui réalisent des profits à leur détriment. La bataille est ouverte mais la puissance économique n'est pas nécessairement du côté du droit d'auteur. La solution la plus sage serait sans doute d'utiliser le P2P pour mettre en place des systèmes de distribution licite des oeuvres de l'esprit, comme cela semble se profiler. «Ce qui ne me tue pas me rend plus fort», F. Nietzsche, Crépuscule des idoles

#### **Auteur(s) :**

**Valérie-Laure BENABOU - Professeure à l'université de Paris-Saclay/UVSQ**

#### **Notes de bas de page :**

2. Disponible en version PDF notamment sur <http://www.juriscom.net/documents/scus20050627.pdf>

3. Supreme Court 17 janvier 1984, Sony Corporation of America/Universal City Studios inc ; RIDA octobre 1984, p. 178.

4. <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39237171,00.htm>, « P2P: les réactions en France après la décision de la Cour suprême », E. Dumout, ZDNet France, 28 juin 2005.

5. Il s'agissait dans l'affaire Sony de magnétoscopes et la défense de faire valoir qu'il avait été retenu pour considérer comme licites le time-shifting ou visionnage différé des films diffusés à la télévision.

6. Cette règle s'appuie sur une doctrine du droit des brevets, codifiée 35 USC § 271 (c) dite staple article rule, selon laquelle le simple distributeur d'un composant d'un objet breveté n'encourt pas la sanction de la contrefaçon dès lors que cet article a un usage licite.

7. « One who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties. » ; Traduction empruntée à

O. Hugot dans son commentaire MGM v. Grokster : Everybody goes to Hollywood (même la Cour Suprême) qui procède à une riche mise en perspective avec l'arrêt Sony Betamax ; <http://www.juriscom.net/documents/p2p20050808.pdf>

8. Pamela Samuelson, Legally Speaking : « Did MGM Really Win the Grokster Case ? »

<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers.html>

9. Grokster, p. 16-17 : « we do not revisit Sony further, as MGM requests, to add a more quantified description of the point of balance between protection and commerce when liability rests solely on distribution with knowledge that unlawful use will occur ».

Cette possibilité n'est pourtant pas fermée pour l'avenir par la Cour elle-même ou par le législateur.

10. P. Sirinelli, Propriétés Intellectuelles, juillet 2005, n° 16, chron. p. 347-351, pp. 349 : « ce n'est pas le principe du recours au P2P qui est condamné. Pas même le fait que les outils logiciels permettent des échanges illégaux mais seulement le fait d'avoir incité à la contrefaçon. »

11. En ce sens, P. Samuelson, préc. « MGM didn't really want to win Grokster on an active inducement theory. (?) What MGM really wanted in Grokster was for the Supreme Court to overturn or radically reinterpret the Sony decision and eliminate the safe harbor for technologies capable of Snius. »

12. V. -L. Benabou, « Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa) », Propriétés Intellectuelles, n° 16, juillet 2005, p. 269 ? 276 ; sur la mise en oeuvre par la CNIL de l'article 9-4 de la LCEN réservée aux seuls « délits de grande contrefaçon ».

13. L'absence de discussion sur ce point vaut-elle reconnaissance de l'existence d'une contrefaçon ou laisse-t-elle encore la porte ouverte à une défense fondée sur le fair use ?