

Du déplombage aux logiciels peer-to-peer : l'histoire sans fin ?

A propos de l'arrêt KaZaA

**Frédéric Sardain
Docteur en droit
Avocat à la Cour de Paris
Latournerie Wolfrom & Associés**

*Article publié dans le Recueil Dalloz 2004, cahier droit des affaires, pp. 330-331,
5 février 2004*

L'Histoire est un éternel recommencement. Celle de la propriété intellectuelle ne déroge pas à la règle, ainsi que l'a montré récemment Zaki Laïdi dans un article qui donne à réfléchir (*Quelle propriété intellectuelle à l'âge de l'économie du savoir?*, Esprit, nov. 2003). Que ne s'est-on interrogé, il y a une quinzaine d'années, sur la licéité des logiciels de «déplombage», qui permettaient de faire sauter les protections techniques mises en place par les éditeurs de logiciels afin d'empêcher la duplication de leurs disquettes... « Illicite! », s'insurgeait l'industrie informatique qui avait obtenu du législateur l'interdiction de la copie privée des programmes d'ordinateur par le public. «Licite!», répondaient les utilisateurs, car nécessaire à la possibilité de la copie de sauvegarde, elle aussi expressément prévue par le législateur.

Les juges, à l'époque, avaient eu l'occasion de se prononcer sur la question. En France, la Cour de Paris avait notamment estimé que l'opération de déplombage était en elle-même licite car, effaçant seulement quelques instructions, sans rien recopier, ni exécuter, elle n'était pas assimilable à une contrefaçon (CA Paris, 13e ch., 2 mars 1989: « la seule neutralisation des systèmes de protection d'un logiciel ne saurait être considérée comme un acte de contrefaçon sous l'empire des textes applicables »). Autrement dit, les magistrats distinguaient déjà l'utilisation du *logiciel de déplombage* (non illicite *per se*) de celle du *logiciel déplombé* (pouvant conduire à un acte de contrefaçon si une copie de sauvegarde avait déjà été fournie ou, à défaut, réalisée).

Cette interprétation est aujourd'hui confortée par l'article L. 122-6-2 du code de la propriété intellectuelle, qui opère une distinction implicite entre les utilisations licites et illicites du déplombage, ce qui laisse entendre, *a contrario*, que la loi ne remet pas en cause la licéité du déplombage en soi (le rapporteur du projet de loi de 1994 n'ayant pas suivi l'article 7 de la directive de 1991, qui encourageait pourtant l'interdiction des logiciels de déplombage). Désormais admise dans de nombreux Etats de l'Union européenne (la rédaction maladroite de l'article 7 de la directive de 1991 restreignant considérablement son champ d'application), la solution retenue est également identique aux Etats-Unis, depuis la célèbre affaire *Vault* (847 F2d 255, 5th Cir. 1988).

Bien que la problématique soit légèrement différente ¹, l'analyse vient d'être transposée au cours des derniers mois, par plusieurs juridictions étrangères, au logiciel KaZaA de la société éponyme. Cette dernière, est-il nécessaire de le rappeler, distribue un logiciel de *peer-to-peer* extrêmement populaire, permettant l'échange et le téléchargement de différents types de fichiers (dont des fichiers musicaux illicites). Mais, à la différence du logiciel de Napster qui reposait sur une technologie totalement centralisée, autorisant le

contrôle des contenus échangés (ce qui lui a valu une condamnation aux Etats-Unis: 239 F3d 1004, 9th Cir. 2001), celui de KaZaA repose sur le protocole MFTP du réseau FastTrack, système décentralisé fonctionnant avec de multiples « supernodes² ».

Considérant, en raison même de la nature décentralisée de la technologie FastTrack, que KaZaA ne pouvait contrôler techniquement le contenu des fichiers téléchargés, la Cour d'appel d'Amsterdam avait déjà jugé, le 28 mars 2002 ([2002] EIPR N-130), quelques mois avant la Cour d'appel du District central de Californie (25 avr. 2003), que KaZaA ne pouvait être responsable des utilisations illicites qui étaient faites de son logiciel. C'est dire à quel point l'association néerlandaise Buma-Stemra (représentant des majors du disque) espérait que la décision devant être rendue par la Cour suprême de La Haye, dans cette affaire, inverse la tendance et fasse jurisprudence.

Las, la Cour suprême des Pays-Bas vient, le 19 décembre 2003, de confirmer la décision d'appel, sur le même fondement, en rejetant la demande de la Buma-Stemra, qui exigeait l'arrêt immédiat de la distribution de KaZaA et la modification des versions ultérieures, afin de pouvoir contrôler la licéité des fichiers échangés au regard de la propriété intellectuelle³. Victoire - temporaire, au moins - pour les fondateurs de KaZaA, Niklas Zennström et Janus Friis, qui n'ont pas manqué de souligner dans un communiqué de presse le caractère « historique pour internet et les particuliers » de cette décision. L'Histoire, encore et toujours...

Pour autant, l'arrêt de la Cour suprême de La Haye constitue-t-il réellement une décision historique ? Pas si sûr, en tout cas du point de vue du droit d'auteur. A partir du moment où l'on admet que l'évolution de la technologie *peer-to-peer* ne permet plus de contrôler la nature des fichiers échangés, une telle position était largement prévisible au regard des précédents jurisprudentiels liés, en Europe, aux logiciels de déplombage et, aux Etats-Unis, aux affaires de *contributory infringement*. De la même façon que le logiciel de déplombage n'est pas considéré comme illicite *en soi*, car n'étant pas nécessairement utilisé à des fins de contrefaçons, le logiciel de *peer-to-peer* ne peut pas être déclaré illicite *per se*, car pouvant servir à échanger bien d'autres choses que des oeuvres contrefaites.

En d'autres termes, ce qui importe aux yeux des magistrats néerlandais, ce n'est pas la *mise sur le marché* de logiciels pouvant donner lieu à des agissements *potentiellement* illicites, mais *l'utilisation effectivement illicite* qui en est faite par l'utilisateur final (à supposer, bien entendu, que l'éditeur du logiciel en cause n'ait aucun contrôle sur la finalité de cette utilisation).

Il n'en reste pas moins que cette jurisprudence, si elle venait à être adoptée par d'autres juridictions suprêmes dans le monde, risque d'être lourde de conséquences pour les titulaires de droits d'auteur. D'abord, en exonérant les diffuseurs d'outils *peer-to-peer* de toute responsabilité, elle obligera les ayants droit à tenter des poursuites individuelles à l'encontre des utilisateurs finaux, avec plus de difficulté, pour un coût supérieur et sans garantie de solvabilité. Ensuite, affirmer, comme le fait la Cour suprême de La Haye, que la commercialisation du logiciel de KaZaA n'est pas répréhensible conduit à donner un blanc-seing implicite au grand public, contrefacteur « amateur », pour qu'il essaime aujourd'hui des fichiers MP3 et demain, en plus grandes quantités encore, des fichiers DivX illicites sur le réseau.

Bien sûr, d'autres usages que l'échange d'oeuvres contrefaites sont possibles *via* les logiciels de *peer-to-peer*. L'utilisation qu'en font les agences immobilières ou encore les photographes *freelance* est ainsi mise en avant dans l'arrêt *KaZaA*. Mais cessons de nous voiler la face. De même que les logiciels de déplombage ne présentaient d'intérêt que pour dupliquer des logiciels protégés, les logiciels de *peer-to-peer* sont principalement et

massivement utilisés aujourd'hui pour échanger des oeuvres contrefaites, même si les études économiques se contredisent encore sur les pertes réelles que le *peer-to-peer* inflige à l'industrie du disque.

Dès lors, à supposer qu'une approche statistique démontre la prééminence du trafic d'œuvres illicites sur les réseaux auxquels donne accès le logiciel de KaZaA, ne serait-il pas possible de retenir la contrefaçon à l'encontre de cette dernière au titre de la complicité par fourniture de moyens? On sait que, en matière de liens hypertextes, les tribunaux français ont déjà rendu des décisions relevant davantage de la complicité de mise à disposition d'œuvre contrefaisante que de la reproduction *stricto sensu* (V. notamment F. Sardain, «Liens hypertextes», J.-CI. Communication, Fasc. 4730, 2003, n° 23). Mais, pour que le raisonnement trouve à s'appliquer au *peer-to-peer*, encore faudra-t-il respecter la vie privée des internautes, moyen de défense que ne manqueront pas de soulever les partisans du libre téléchargement, notamment si les ayants droit obtiennent les moyens d'identifier systématiquement les utilisateurs de *peer-to-peer* sur les réseaux (cf. l'art. 2 du projet de loi relatif à la protection des données personnelles et comp. CA District of Columbia, 19 déc. 2003, estimant que le fournisseur d'accès Verizon n'avait pas à divulguer le nom de ses abonnés soupçonnés de piratage à la RIAA).

Tout comme le pays de Fantasia, dans le film de Wolfgang Petersen⁴, était celui de l'imagination humaine, le paradigme régissant la lutte entre les outils permettant de réaliser des contrefaçons et la protection des oeuvres n'a de limite que l'imagination des juristes... et celle des contrefacteurs. Si la question de la licéité des logiciels de déplombage n'apparaît plus contestée⁵, celle de la licéité des outils *peer-to-peer* sera-t-elle une histoire sans fin ? Peut-être... En tout état de cause, elle constitue assurément une histoire à suivre.

(1) Les logiciels de déplombage visent directement à contourner une mesure de protection technique, alors que les logiciels de *peer-to-peer* autorisent «seulement» la mise à disposition d'œuvres (contrefaites ou non) sur le réseau.

(2) Littéralement « super nœuds ». Il s'agit en fait d'utilisateurs qui disposent de ressources suffisantes pour officier le rôle de serveur sur les réseaux FastTrack.

(3) C. suprême La Haye, 19 déc. 2003, *Vereniging Buma, Stichting Stemra cl KaZaA BV*, inédit.

(4) W. Petersen, *The NeverEnding Story* (l'histoire sans fin), Time Warner, 1984.

(5) V. l'art. L. 331-5, al. 1er, c. propr. intell. du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, qui exclut les logiciels des oeuvres bénéficiant du régime de protection des mesures techniques.