

Colloque du Forum des droits sur l'internet

Sénat, 28 septembre 2004

Table ronde n°1 – Les défis du P2P

LES ELEMENTS DE LA PROBLEMATIQUE P2P ET DROIT D'AUTEUR

Pierre Sirinelli, Professeur de droit à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

La technique des échanges de pair à pair (peer-to-peer ou P2P) étant neutre en elle-même, la question de la licéité ou de l'illicéité des pratiques ne porte en réalité seulement que sur les usages qui en sont faits, ce qui conduit à envisager la situation de tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, interviennent dans le processus de distribution de fichiers via ce procédé. Le temps m'étant compté - cinq petites minutes -, ne seront envisagées ici que deux catégories de personnes, d'une part, les internautes et, d'autre part, certains fournisseurs de moyens. L'analyse va être cantonnée aux téléchargements qui se font sans l'autorisation des ayants droit. Certes, l'offre dite légale, encore balbutiante par rapport à l'importance des téléchargements sans l'accord des titulaires de droits, peut également susciter des difficultés d'ordre juridique - dont la non résolution de certaines pourraient transformer une offre avec autorisation en une offre illicite - mais la difficulté des analyses y est moindre ce qui justifie que le regard s'attardera, ici, sur les téléchargements non autorisés. Qui, à cette occasion, peut voir sa responsabilité engagée ?

S'agissant des internautes qui partagent des fichiers, la solution ne fait aucun doute en ce qui concerne le flux montant de données, celui émis depuis le terminal d'un utilisateur en situation d'offre, c'est-à-dire, l'*upload*. Ce dernier s'analyse comme un acte de communication au public soumis au monopole des ayants droit. La copie réalisée sur le disque dur, et accessible à tout internaute, n'est pas une copie privée tandis que l'acte matériel de transfert entre indiscutablement dans le champ du droit de représentation en ce qu'il correspond à une activité de télédiffusion au sens de l'article L.122-2 du Code de la propriété intellectuelle. La mise à la disposition caractérise l'acte de représentation tandis que la masse des internautes, susceptibles d'accéder à l'œuvre par ce biais, constitue indiscutablement un public. Le fait d'y procéder sans avoir au préalable obtenu l'autorisation des titulaires de droit ou ayants droit constitue donc un acte de contrefaçon.

En revanche, il existe une controverse dans le cas du flux de données inverse, le *download*. D'aucuns considèrent que ce téléchargement « descendant », fait par l'internaute qui veut utiliser l'œuvre reproduite, constitue un acte de copie privée. Cette solution paraît avoir été retenue aux Pays-Bas ou au Canada. En France, elle peut s'appuyer sur les conclusions du Conseil économique et social¹, qui, dans le cadre de cette exception au droit d'auteur et droits voisins, considère que le téléchargement descendant serait licite. Pourtant, cette dernière position pourrait être contestée. En effet, alors que dans le cas de la copie privée le copiste se confond avec l'utilisateur, cette adéquation peut être fortement remise en cause dans le cadre des réseaux *peer-to-peer* tant pour des raisons techniques et matérielles - qui réalise la copie ? qui en est l'utilisateur ? - que juridiques. Même en parvenant à distinguer l'activité de *download* de celle d'*upload*, et en regrettant que les premières décisions françaises ne prennent pas ce soin ni celui de motiver les solutions retenues², même en acceptant - ce qui peut paraître difficile - l'idée que copiste et usager sont une seule et même personne, la question du statut de la matrice à partir de laquelle la reproduction est opérée suscite

¹ Rapport sur *Les Droits d'auteur*, La documentation française, 2004.

² Voir, par exemple, TGI, Vannes, 29 avril 2004.

des interrogations. Le débat est le suivant : la copie privée est-elle encore licite lorsque la matrice n'est pas un exemplaire légitime ou que l'accès à cette dernière n'est pas fait par un utilisateur légitime ? Autrement dit, l'illégalité de la situation originelle rejaillit-elle sur le statut de la copie ? Ou faut-il au contraire considérer que l'acte de copie « blanchit » tout dès lors qu'il y a identité de personnes entre copiste et usager ? Alors que la loi nouvelle loi allemande prévoit expressément qu'il y a contrefaçon dès lors que le copiste a conscience de l'origine manifestement illicite de l'original, la loi française est muette à ce propos en sorte qu'aucune disposition ne permet d'exiger que la source de la copie privée soit licite. Mais le sort de ces actes peut être tranché sur un autre terrain puisqu'il est fort probable que l'application du test des trois étapes, issu des engagements internationaux souscrits par la France et présent à l'article 5.5 de la directive du 22 mai 2001, et exigeant, notamment, la sauvegarde des intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique, devrait permettre au juge de rejeter le bénéfice de l'exception de copie privée quand bien même les conditions internes de celle-ci seraient (ce dont on peut douter) remplies. Pour résumer, sans autorisation de l'ayant droit, l'acte d'upload est indiscutablement un acte de contrefaçon tandis que celui de download sera vraisemblablement regardé comme n'échappant pas au monopole du titulaire de droit.

S'agissant de certains intermédiaires, la responsabilité, éventuelle, des fournisseurs d'accès et celle des fournisseurs de logiciels permettant le téléchargement pourraient être étudiées.

A l'égard des fournisseurs d'accès, des textes récents ont posé un certain nombre de règles. Au premier rang desquelles, on trouve un principe légal d'irresponsabilité³ ou encore les engagements signés le 28 juillet dernier en vue d'établir une collaboration avec les ayants droit pour l'identification des internautes contrefacteurs (« charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique »⁴). La charte assigne aux FAI un rôle de prévention et de sensibilisation au phénomène du téléchargement illicite puisque ceux-ci adresseront systématiquement un message d'avertissement aux abonnés « *offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés* ». Mais pour l'essentiel, la situation de ces prestataires est avantageuse puisqu'ils sont *a priori* irresponsables et qu'ils ne sont pas soumis à une obligation de surveillance des contenus.

La situation des fournisseurs de logiciels n'a pas encore fait l'objet d'analyses approfondies en droit français. Quelques indications peuvent être trouvées dans des études de droit comparé mais le procédé a ses limites. *A priori*, le principe semble être celui de leur irresponsabilité lorsque le logiciel de P2P n'est pas à architecture centralisée. C'est le cas aux Pays-Bas, où la Cour d'appel d'Amsterdam avait jugé que l'activité qui consiste à fournir aux internautes, par l'intermédiaire d'un logiciel, les moyens de s'échanger des œuvres ne constituait pas en soi un acte de reproduction et que, de ce fait, l'éditeur de logiciel ne violait pas les règles relatives à la propriété littéraire et artistique. La Cour suprême des Pays-Bas a, le 19 décembre 2003, admis cette décision en s'appuyant sur la jurisprudence américaine Sony - Betamax⁵. On peut se demander si la question avait été bien posée et si la référence à la jurisprudence américaine est la bien venue.

Aux Etats-Unis, justement, la Cour d'appel du 9^e circuit, le 19 août 2004, a fait valoir pour écarter la responsabilité indirecte (contributory infringement) du fournisseur de logiciel de P2P, que ce programme permet aussi de diffuser des œuvres du domaine

³ - articles 6 et 7 de la loi n° 2004-575 mod. du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique

⁴ - <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/charte280704.htm>

⁵ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 US 417 (1984).

public, donc des actes de téléchargement licites. Par conséquent, même si le logiciel est, dans les faits, majoritairement utilisé pour contrefaire des oeuvres, la potentialité d'usages légaux permet par application de la jurisprudence Sony et Napster⁶ d'échapper aux sanctions dès lors que les usages non contrefaisants ont une certaine réalité (« commercial viability »). Les demandeurs ne pouvaient donc aboutir que s'ils parvenaient à démontrer que Grokster avait une connaissance précise des infractions possibles au moment où il était encore en son pouvoir de faire quelque chose. En tout état de cause, il était, trop tard, au jour de la demande pour les avertir. Pareillement, la responsabilité fondée sur la notion de vicarious infringement, ne pouvait être encourue, puisque Grokster n'avait pas la capacité de contrôler l'activité des contrefacteurs. Le moins que l'on puisse dire est que, au pays du « précédent », le droit n'évolue pas. Mieux ! alors que les demandeurs font état devant elle de leur désir de voir une intervention législative⁷ se produire, la Cour exprime son peu d'enthousiasme pour pareille évolution, mettant en avant tant le fait que la loi sur le copyright a déjà fait la preuve de sa capacité d'adaptation au progrès technique que ses craintes quant aux conséquences imprévues d'une modification des règles. Sous réserve d'une traduction certifiée, il semblerait que la jurisprudence Japonaise a adopté une position différente.

Ce rapide tour d'horizon est susceptible de laisser un peu perplexe. En toute hypothèse, on peut s'étonner que la question n'ait pas encore été posée en France. La pusillanimité dont font preuve les ayants droit peut surprendre. Redoutent-ils l'importation des solutions retenues aux Etats-Unis ? Peut-on, au contraire, imaginer une responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil ? On imagine mal les ayants droit rester totalement inactifs. L'adoption récente de mesures qui leur sont favorables, permettant, sous réserve de l'accord de la CNIL, de constituer des fichiers de données de connexion non nominatifs⁸ renforce encore leur possibilité d'actions. Reste à en connaître l'ampleur et la direction.

En somme, l'on assiste aujourd'hui, s'agissant des pratiques, à un mouvement très dynamique. Mais les éléments de réponses sont assez décevants. Les premières décisions sont, en France, elliptiques dans leurs démonstrations et centrées sur les internautes. L'on fait, ailleurs, usage de solutions des pays de copyright, même dans des régimes juridiques de droit d'auteur. On peut se demander si la réflexion est à la hauteur de l'évènement. Il y a un espèce de phénomène de mimétisme, d'acculturation juridique. Les juristes font, à leur tour, de la copie servile en puisant leurs arguments dans des corps juridiques étrangers qu'ils réintroduisent dans un ensemble où ils font figure d'éléments allogènes. Cela a été manifestement le cas aux Pays-Bas dont la jurisprudence nourrit désormais, par un étonnant effet boomerang, les débats des lawyers américains. Il est temps d'envisager une sortie « par le haut ». D'abord avec l'émergence d'une offre légale susceptible de supplanter les pratiques illicites. Ensuite par une réflexion pluridisciplinaire mêlant les analyses sociologiques, techniques, économiques et juridiques. Ce colloque en constitue l'une des premières pierres et il faut espérer que l'action qui va être menée dans le cadre du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique poursuivra dans cette voie.

⁶ *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th cir. 2001).

⁷ A ce titre, le projet « *Induce Act* », déposé par le sénateur Orin Hatch, devait prévoir que quiconque provoquerait une violation quelconque du droit d'auteur serait passible de sanctions. Le but de pareille construction est incontestablement une remise en cause de la solution « *Betamax* » précitée sur laquelle se fondent, pour échapper aux poursuites, tous les industriels qui proposent des innovations technologiques permettant des usages licites et illicites des oeuvres.

⁸ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.