

# **Le peer to peer dans la tourmente,**

## **par Brigitte DIAS-FERREIRA**

### **BREVE SYNTHESE**

Pour l'industrie du disque et autres ayants droit, le Peer to Peer est un cauchemar. Plus de 4 millions d'utilisateurs<sup>1</sup> se connectent par semaine, la plupart le faisant pour télécharger illégalement de la musique à accès gratuit. La Record Industry Association of America a demandé la fermeture du site Kazaa, comme elle l'avait fait par le passé avec Napster. Cependant la Cour Fédérale des Etats-Unis a considéré que Kazaa et autres éditeurs de Peer to Peer n'étaient pas responsables des actions commises par leurs utilisateurs.

Pourtant s'il est dénommé de « Pouvoir pour le Peuple » par le Rapper Américain Chuck D.<sup>2</sup>, l'industrie a décidé de s'attaquer aux consommateurs utilisateurs de ces sites. Cette stratégie de défense n'est pas sans heurter à la question du principe constitutionnel des libertés civiles des individus. Toutefois considérer le droit au respect de la vie privée lorsque l'infraction commise par ces mêmes individus est qualifiée de piraterie, ne saurait être prise en considération par les Tribunaux. Les juges américains semblent en tous cas de cet avis. Il reste aux Majors de décider si la pédagogie ne serait pas la meilleure solution.

---

<sup>1</sup> *File-Sharing Services have plan to pay*, Frank Ahrens, 9 octobre 2003, Washington Post.

<sup>2</sup> *Music Industry Will Talk Before Suing*, Frank Ahrens, 1 octobre 2003, Washington Post.

## PLAN

Introduction.....	3
<b>I – Les droits dévolus aux titulaires.....</b>	<b>4</b>
A. Intérêt à agir.....	4
1) La titularité du Copyright.....	5
2) Des droits exclusifs.....	5
B. Le contrôle des droits d'accès.....	6
1) La Responsabilité des Editeurs de Sites.....	6
2) Détermination de l'incrimination.....	6
a) L'affaire Napster : la violation du copyright.....	7
b- L'affaire Napster : l'usage loyal.....	7
<b>II – Le déplacement de la responsabilité.....</b>	<b>7</b>
A. La détermination de l'abus.....	8
1) L'affaire Kazaa : la non responsabilité des P2P.....	8
2) A la poursuite judiciaire des internautes : RIAA v. consommateurs.....	8
B. L'identification des « copirates » ou pirates.....	9
1) La remise en cause de l'Interprétation de la section 512-h du DMCA.....	9
2) La remise en cause de la Constitutionnalité du DMCA.....	10
<b>III – La tentative de légalisation du commerce des Editeurs de site P2P.....</b>	<b>10</b>
A. L'alliance du droit et de la technologie.....	11
1) Le contrôle de l'accès.....	11
2) La tentative de vie commune pour le copyright et les NTIC.....	12
B. Un compromis difficile sur le P2P.....	12
Liste des abréviations.....	13
Bibliographie.....	14
Annexe I -Lettre adressée par l'Electric Frontier Foundation contre la Record Industry.....	17
Annexe II – Le Traitée OMPI .....	18
Annexe III – La Section 107 du Copyright Act de 1976.....	19
Annexe IV – La Section 1201 du DMCA.....	20
Annexe V – La Section 512 du DMCA .....	21

1. Dans les années soixante, l'industrie du disque s'est inquiétée de la prolifération de cassettes enregistrables, elle possédait l'avantage de pouvoir offrir une meilleure qualité. Aujourd'hui grâce aux technologies, le grand public peut désormais télécharger sur support numérique comme les compacts disques enregistrables (CDR) avec une qualité technologique équivalente à celle offerte par l'industrie. Des sites Internet ont vu le jour, tel Napster, afin de tirer profit de ces avancées et permettre aux internautes de créer leur propre *juke-box* maison, sans dépenser, ni temps ni argent.<sup>3</sup> Néanmoins selon Mr. Eric Tong Cuong, d'EMI France, « la gratuité d'Internet est un leurre ...si l'on ajoute les 360 euros annuels d'un abonnement à l'ADS, les 1000 euros d'amortissement annuel d'un ordinateur, nous sommes loin des 600 euros qu'un internaute aurait dépensé pour l'achat de 30 albums – une hypothèse haute – le prix moyen du CD étant de 20 euros. »<sup>4</sup> L'argument économique n'est pas viable : pourquoi introduire l'amortissement de l'ordinateur et ignorer celui d'un équipement stéréo. De plus, c'est ignorer la composante psychologique de l'internaute qui se tournera vers une utilisation maximum, d'où rentabilisation de son investissement. De plus, puisqu'il est de toute manière connecté sur l'Internet autant le rentabiliser et transférer gratuitement la musique afin d'éviter les 600 euros en plus des 1360 euros. L'avantage procuré par ses sites Internet est indéniable.

2. Si la musique est censée adoucir les mœurs, elle n'adoucit pas celles des grandes industries musicales, ni celle des auteurs et des artistes interprètes. Une industrie que l'on pensait intouchable se retrouve impuissante face à une pirouette technologique. En 1999, l'étudiant Shawn Fanning<sup>5</sup> conçoit un logiciel qui mettant en contact des internautes leur permet de partager des fichiers entre eux : Napster est créé. D'autres sites analogues vont suivre la voie ouverte par Napster, véritable précurseur du partage des fichiers musicaux et fragiliser l'argument de copie privée ou de l'usage à l'intérieur du cercle de famille. Le nouveau concept constitue peut être plus une perte économique qu'une réelle infraction aux droits d'auteur. En effet, selon les chiffres parus : « le marché mondial du CD, représentés par cinq grandes Majors – Universal, Sony, Warner, EMI et BMG – traverse de grandes turbulences...les ventes se sont effondrées, chutant de 14.3% en 2000, de 5% en 2001 et de 7,2% en 2002. »<sup>6</sup> L'industrie du disque réunissant les 5 Majors s'est vu souffler une grande part de marché. Un rapport confirmé par les chiffres de l'« *International Federation of the Phonographic Industry* » (IFPI).

3. Il en ressort « Le statut de la création intellectuelle, immatérielle [qui] repose tout entier sur une dialectique propriété liberté »<sup>7</sup> se trouve confronté à une répression active de la part des Industries de phonogrammes. Depuis 1999, les Américains sollicitent de nouvelles tactiques juridiques afin d'enrayer le phénomène. En effet, les systèmes de verrouillage technologiques ne semblent pas être la solution. Ainsi de la responsabilité des auteurs créateurs de piraterie on passe à celle de l'internaute. Comme pour le cas de l'achat de contrefaçons par des consommateurs, on veut condamner la demande et non plus l'offre. Les internautes téléchargeant ces fichiers se retrouvent par conséquent sur la première ligne de tir. Les 5 Majors n'hésitent pas à recourir à des techniques de répression musclée, ce qui peut laisser en suspens la question des libertés des individus ainsi que celle des atteintes aux droits des personnes.

4. Les Majors bénéficiant d'un pouvoir et d'un protectionnisme sans égal, se sont faites dépasser par la technologie Internet. En perdant contrôle de ses droits acquis, l'Industrie semble tenter de vouloir gagner du temps afin de trouver un remède à cette perte de vitesse. L'industrie a donc adopté une approche judiciaire agressive afin de préparer une contre-attaque. Leur solution est de faire appel aux tribunaux. Les juges doivent faire le choix entre les intérêts des titulaires du copyright et ceux des partisans du respect des droits et libertés individuels. L'histoire se répète,

---

<sup>3</sup> Thèse combattue par M. Eric Tong Cuong dans *Le disque français face à la menace Internet*, 17 septembre 2003, Le Monde.

<sup>4</sup> *Op. Cit.* 3.

<sup>5</sup> *File swapping invades the home computer*, Karen Thomas, 14 octobre 2002, USA TODAY.

<sup>6</sup> *Longtemps épargnée, l'industrie nationale est touchée par la chute des ventes*, 17 septembre 2003, Le Monde.

<sup>7</sup> Les créations immatérielles et le droit, Michel Vivant, Collection Ellipses.

on assiste à une guerre effrénée menant à une course à l'armement entre les Grands Seigneurs et « Robins des Bois<sup>8</sup> ».

5. Afin d'analyser le raisonnement juridique utilisé contre cette piraterie, il faut d'abord comprendre la conception américaine de copyright. Les titulaires de copyright, se voient garantis par la Constitution dans son Article 1, section 8: que « Le Congrès aura le pouvoir (...) de favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs ». (I) Ensuite, il faut considérer si la relation entre le copyright et les nouvelles technologies, est destructive ou constructive. (II) Enfin, d'envisager si un mariage entre Copyright et Nouvelles Technologies<sup>9</sup> est possible. (III)

### I – Les droits dévolus aux titulaires

6. La conception française<sup>10</sup> du droit d'auteur repose sur le droit de la personne de l'auteur, alors que le copyright américain est essentiellement un droit économique. Littéralement, le copyright est le droit de copier. La Section 17 du Copyright Act 1976, permet au titulaire, du droit exclusif d'autoriser la copie de ces œuvres par des tierces personnes, de faire des œuvres dérivées, de distribuer l'œuvre en dehors de la sphère privée et de donner des représentations publiques.<sup>11</sup>

7. Le copyright qui s'inscrit dans une logique nettement mercantile peut aller jusqu'à déposséder l'auteur de sa création.<sup>12</sup> Or, ne reconnaissant pas de droit moral<sup>13</sup> à un auteur, la notion de copyright est peut être mieux adaptée aux NTIC puisqu'elle ne s'accompagne pas de la question des droits à modification ou d'altérations de l'œuvre.<sup>14</sup>

8. En décembre 1996, lors de la conférence de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), les représentants de 150 pays, dont les Etats-Unis, ont négocié le "Copyright Treaty" de l'OMPI et le "Performances & Phonograms Treaty"; ayant pour objectif de protéger le droit d'auteur dans le domaine digital. Ainsi, sous la pression de lobbies américains, la loi de 1998 intitulé "Digital Millennium Copyright Act" (DMCA), vient préciser le champ d'application du copyright devant l'essor des nouvelles technologies. « Cette loi donne aux éditeurs un pouvoir légal absolu sur tout ce que pourrait faire un lecteur avec un livre électronique. Même la simple lecture non autorisée est considérée comme un crime ! »<sup>15</sup>

### A. L'intérêt à agir

9. Lorsqu'une atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs est commise sur le réseau, les pouvoirs publics interviennent et sanctionnent les criminels. Pourtant, il apparaît plus difficile pour l'industrie de la musique et pour les artistes interprètes de réagir à la violation apparente des droits d'auteur. En effet, si le DMCA a prouvé sa capacité à résoudre les problèmes de transferts illégaux de copie dans les plates-formes P2P, son application est plus délicate en présence d'intérêts opposés : le "fair use" ou usage loyal et de l'autre, la protection des artistes, et de leurs investisseurs.

### 1) La titularité du Copyright

<sup>8</sup> « Les gens n'ont aucun problème de conscience à pirater les logiciels de ces sociétés, reconnaît Marc Mossé. C'est presque pour eux un côté Robin des Bois : on vole les "World company". Or, derrière, il existe plein de petites boîtes, revendeurs, distributeurs, beaucoup plus impactées. » *Quand le piratage ralentit l'économie*, 3 avril 2003, [www.deplaine.com](http://www.deplaine.com).

<sup>9</sup> NTIC: Nouvelles Technologies Information et Communication.

<sup>10</sup> La notion de droit d'auteur en France en vertu de l'article L111-1 du CPI comprend un droit patrimonial et un droit moral. Le copyright correspond plus à la conception du droit voisin du droit d'auteur des pays de droit civil.

<sup>11</sup> Il est consacré par les chapitres 1 à 8 et 10 à 12 du titre 17 du Code des États-Unis d'Amérique, réunis sous la Loi de 1976 (Copyright Act).

<sup>12</sup> *The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but "to promote the Progress of Science and useful Arts."* Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service, Co., 499 U.S. 340, 349-50 (1991).

<sup>13</sup> Le droit moral reconnaît à l'auteur quatre droits : droit de divulgation, paternité, retrait, respect à l'intégrité de l'œuvre. Il reconnaît aux artistes interprètes le droit de paternité et droit de respect de son interprétation, cf. L 122-5 du CPI.

<sup>14</sup> *Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Goldstein, note 2, pages 168-169, 1994.

<sup>15</sup> *La liberté ou le copyright ?*, Richard Stallman, 2000, [www.gnu.org](http://www.gnu.org).

10. Au niveau international, il existe la Convention de Rome sur la Protection des Artistes Interprètes, des Producteurs de Phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961.<sup>16</sup> Le traité international de 1996 adoptée dans le cadre de l'OMPI, prévoit également de nouvelles dispositions en raison des développements des nouvelles technologies. Il crée ainsi, un droit exclusif de mise à disposition au public permettant aux producteurs d'autoriser ou d'interdire la communication par voie interactive de leurs phonogrammes.

11. Aux Etats-Unis, le Copyright Act ne limite pas la titularité des droits aux personnes physiques, il l'étend aux personnes morales.<sup>17</sup> L'Act utilise les termes d'auteurs ou de titulaires de droits de copyright. Ainsi, en adéquation avec la notion économique de copyright, les producteurs de phonogrammes qui investissent des sommes considérables, sont en droits de demander réparation dans le cas d'une contravention à leurs droits. Ces activités<sup>18</sup> sont au nombre de 6 : droit de reproduction, de divulgation, d'exposition, de distribution, de fabrication-commercialisation, de réalisation et production. Dans l'affaire « Napster », au moins deux atteintes ont été commises, celle du droit de reproduction et du droit de distribution.

12. Les œuvres musicales, littéraires, dramatiques, les pantomimes et chorégraphie, sculptures, peintures et autres œuvres artistiques, cinématographiques et audiovisuelles, compositions musicales et œuvres d'architecture forment les œuvres couvert par le copyright.<sup>19</sup> Pour la musique, deux types d'œuvres sont protégeables : tout d'abord, l'œuvre musicale dont les droits sont détenus par le compositeur ou par une Maison d'Edition. Ensuite les enregistrements sonores, exécutés par l'artiste interprète dont les droits sont dévolus soit à celui-ci soit à la Maison de disque.

## 2) L'exclusivité des droits

13. Le droit de reproduction<sup>20</sup> se fonde sur la notion de copie. Une copie est une reproduction directe ou indirecte et une fixation permanente (reproduction en ligne) ou provisoire (sur disque dur ou mémoire vive). Or, la Section 106-1, accorde à l'auteur le droit exclusif de faire des copies de l'œuvre. Ainsi le Congrès, en vertu du « DMCA section 104 Report », a étendu ce droit exclusif à toutes les reproductions dont on peut tirer un profit pécuniaire,<sup>21</sup> à l'exception notable du "fair use". Le débat repose donc sur l'utilisation finale du consommateur internaute qui déterminera une violation éventuelle du copyright.

14. Le droit de représentation tel que reconnu pour le droit d'auteur à la française, n'existe pas. Il s'agit pour le copyright de droits de distribution<sup>22</sup> et d'exposition.<sup>23</sup> Selon le Professeur Samuelson : « les titulaires de *copyright* jouissent du droit exclusif de contrôler la distribution des copies « au public ».<sup>24</sup> En se basant sur le droit de distribution numérique, le copyright permet de s'adapter aux nouvelles technologies, beaucoup mieux que le droit d'auteur. Si le droit de distribution doit s'accompagner de la "first sale doctrine"<sup>25</sup> ou épuisement du droit ; les juges ont décidé de ne pas l'appliquer aux œuvres numériques.

<sup>16</sup> Adoptée dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI/WIPO).

<sup>17</sup> Sections 101-1, 101-2 et 201-b du Copyright Act.

<sup>18</sup> 17 U.S.C. Section 106.

<sup>19</sup> 17 U.S.C. Section 102.

<sup>20</sup> Article 17 U.S.C. 101, lire *Droit d'auteur et numérique*, André Lucas, Litec, 1998 p. 118 : les exemplaires sont définis comme « des supports matériels, autre que des phonogrammes, sur lesquels l'œuvre est fixée par toute méthode connue à la date d'adoption de la présente loi ou mise au point ultérieurement et qui permettent de percevoir l'œuvre, de la reproduire ou de la communiquer de toute autre manière, soit directement, soit à l'aide d'une machine ou d'un dispositif ». Article 17 U.S.C. 101 (Une œuvre est fixée sur un moyen tangible d'expression lorsque que son incorporation dans une copie ou un phonographe, par ou sous l'autorité de l'auteur, est suffisamment permanente ou stable pour permettre de la percevoir, reproduire, ou communiquer autrement pour une période supérieure à une durée transitoire.)

<sup>21</sup> « Sont soumis au droit de reproduction, les reproductions qui existent pour une période de temps suffisante pour pouvoir être "perçues, reproduites, ou autrement communiquées". », 63 U.S. Copyright Office, "DMCA section 104 Report", août 2001, p. 108, voir <http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>.

<sup>22</sup> 17 U.S.C. 106-3 : Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: [...] (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending."

<sup>23</sup> Pamela Samuelson reconnaît que les Etats Unis n'ont pas, en tant que tel, de droit de communication mais les « public performance and distribution rights are substantively equivalent to this right. », *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 1999 *Berkeley Law Journal*, Vol.14:1 p.10 # 46.

<sup>24</sup> Pamela Samuelson, "The U.S. Digital Agenda at WIPO", 37 *VA. J. Int'l L.* 369 (1997).

<sup>25</sup> 17 U.S.C. 106-3.

15. En pratique, l'internaute utilisateur est celui qui se connecte sur le réseau Internet pour télécharger de la musique mis en ligne sans l'accord des ayants droit. L'internaute producteur est celui qui en plus de télécharger la musique, met à disposition ses fichiers musicaux pour les partager avec d'autres internautes : qui est considéré par la "Record Industry Association of America" (RIAA) comme une violation de droit de copyright. Les internautes producteurs<sup>26</sup> qui rendent accessible leur fichiers, violent le droit de distribution des Majors et les internautes utilisateurs copiant les fichiers des internautes producteurs violent le droit de reproduction des auteurs ou des Maisons d'Édition.

## **B. Le contrôle des droits d'accès**

16. Bien que le copyright est assujetti aux valeurs économiques, le DMCA en 1998, modifie et adapte le Copyright Act de 1976 aux nouvelles technologies imposé par les articles 11 et 12 du Traité OMPI (WCT), et article 18 du Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de l'OMPI (WPPT) qui énoncent les obligations relatives aux mesures techniques et les obligations relatives à l'information sur le régime des droits. Le Professeur Jane Ginsburg souligne que : « le législateur américain consacre par l'article 1201-a un droit de contrôler l'accès, un droit inédit dont on ne trouve pas d'équivalent dans la Convention de Berne<sup>27</sup>. »<sup>28</sup>

### **1) La Responsabilité des Éditeurs de Sites**

17. Le DMCA établit une distinction entre l'article 1201-a-2 sur les mesures technologiques qui empêchent l'accès à une œuvre sous copyright et l'article 1201-b-1 sur les mesures qui interdisent la duplication de l'œuvre sans autorisation.<sup>29</sup> Le DMCA transfère la charge de la preuve directement sur celui qui est présumé coupable. Ainsi dans l'application pratique, le Fournisseur d'Accès à Internet (FAI) se trouve dans l'obligation de retirer toutes publications sur le Web soupçonnées d'illégalité, sans même un procès. Sa responsabilité est appréciée en fonction de son type d'activité exercée, de son rôle technique. Par opposition, le DMCA ne mentionne rien de la procédure s'agissant concernant la commission d'actes de piraterie par les FAI eux-mêmes.

18. Le phénomène, auquel les ayants droit sont confrontés, est de voir leur œuvres accessibles sur le net grâce à des plates-formes P2P sans leur consentement. Grâce aux dispositions du DMCA, la RIAA réclame la cessation de ce phénomène, souvent sans passer devant le Juge.

### **2) La détermination de l'infraction**

19. Dans la tourmente qui intéresse le P2P, qui en soit n'est pas condamnable, il était reproché à l'éditeur Napster de détenir les serveurs reliant les nœuds d'utilisateurs des échanges de fichiers. En effet, en téléchargeant le logiciel Napster, les internautes permettaient l'échange des fichiers MP3 (voir liste des abréviations) sur le disque dur. Les MP3 étaient rassemblés sur un serveur central qui formait une base de données comportant les morceaux de musiques. Napster n'ayant dans son serveur que les titres des artistes et la localisation de l'internaute ayant téléchargé ces titres, il fallait donc déterminer l'infraction commise pour tenter une action.

#### **a- L'affaire Napster : la violation du copyright**

20. Le copyright reconnaît que celui qui aide ou permet la violation des droits est aussi coupable que celui qui commet une violation directe.<sup>30</sup> Il y a deux types d'incrimination possible. Tout d'abord, la contrefaçon par contribution (*contributory infringement*) devant satisfaire deux

---

<sup>26</sup> *Les consommateurs-hackers l'émergence et l'essor d'un projet social et économique sur Internet. Le cas du piratage des produits culturels*, 2002, Damien Ravé, Mémoire de maîtrise Marketing et Communication de marques, Paris IV - SORBONNE – CELSA.

<sup>27</sup> Date de création en 1886, (Paris Act 1971). Les États-Unis, ne voulait pas y adhérer en raison des différences de conceptions entre droit d'auteur et copyright.

<sup>28</sup> *Copyright Use and Excuse on the Internet*, Columbia - VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 24, Fall 2000.

<sup>29</sup> Voir annexe IV.

<sup>30</sup> *Kalem C. v. Harper Bros*, 222 U.S. 55, 63 (1911), cf. *Affaire Aimster. In re: Aimster Copyright Litigation*, Docket No. 02-4125 (7th Cir. June 30, 2003).

conditions : la connaissance et la contribution matérielle.<sup>31</sup> Ensuite, la doctrine de la violation indirecte (*vicarious liability*) a été étendue à la violation du copyright, sous réserve de satisfaire deux conditions : un bénéfice financier ainsi que la capacité à contrôler l'activité illicite.<sup>32</sup> En fournissant les moyens de réaliser une contrefaçon et en ayant un contrôle sur tout le système de bases de données, Napster s'est rendu coupable de contrefaçon par contribution ainsi que de *vicarious liability*.

21. En décembre 1999, la RIAA attaque Napster en justice et réclame des dommages et intérêts pour un montant de 100.000 dollars américains par œuvre copiée et échangée sans l'autorisation des ayants droit. En juillet 2000, Napster estime que sa technologie d'échange de fichiers par un système de poste à poste entre particuliers ne contrevenait pas aux droits des ayants droit, tant que ceux-ci ne s'engageaient pas dans une activité commerciale. Par injonction, le juge Patel a ordonné la fermeture temporaire de Napster dans les 48 heures, puis un sursis est accordé, mais il sera de courte durée.

#### **b- L'affaire Napster ; l'usage loyal**

22. La conception américaine établit que l'utilisation de l'œuvre est libre si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale et si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur. En vertu de la section 107, la qualification de *"fair use"*<sup>33</sup> peut être revendiquée si quatre critères sont réunis. Tout d'abord, il faut déterminer si le but est de réaliser une œuvre nouvelle, une copie de transformation, puis identifier la nature de l'œuvre, enfin spécifier la quantité reproduite. Napster tente alors de prouver que la communication des œuvres et leur reproduction ou non sur le disque dur de l'internaute constitue un acte loyal.<sup>34</sup> Au motif que cet argument ne trouve pas de justification, les juges américains rejettent la thèse du *"fair use"*. En effet, les pratiques de téléchargement ne peuvent être justifiées en vertu du principe de « transfert de support » et ne peuvent qualifier cette action d'utilisation loyale. La 9<sup>ème</sup> Cour du District, établit que le logiciel servant à l'échange de fichiers musicaux, violait le copyright. Sur tous les points, Napster ne pouvait décemment prétendre à aucun de ces éléments : il s'agissait d'une reproduction de musique dans sa totalité, et non pas d'extraits.

23. Le copyright repose sur la constitution sur la loi de 1976 et enfin sur le DMCA. Pourtant, les avancées technologiques rendent la protection de celui-ci de plus en plus difficile, la RIAA doit alors trouver d'autres coupables.

### **II – Le déplacement de la responsabilité**

24. En effet, si les consommateurs ne désirent qu'un titre sur un album, les Majors devraient être en mesure de répondre aux besoins des consommateurs. L'industrie veut donc reprendre ce qui lui a été soufflé et proposer un service de vente en ligne de musique.<sup>35</sup> Mais selon le journaliste Bernhard Warner : « les beaux jours du piratage musical devraient encore durer 5 ans. »<sup>36</sup>

#### **A. La détermination de l'abus**

25. Si Napster était la première génération, la deuxième se montre beaucoup plus habile. Techniquement, à la différence de Napster, Gorkster, Morpheus et Kazaa n'ont pas de contrôle sur le contenu échangé par leur intermédiaire. Ils ne fonctionnent pas sur un serveur central, mais décentralisé. N'importe quel utilisateur peut faire office de serveur et de plus, il permet de conserver l'anonymat. Ainsi, l'avantage de la décentralisation pour les éditeurs de P2P, est de

<sup>31</sup> *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001) et *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

<sup>32</sup> Op. cit. 31.

<sup>33</sup> Section 107 du Copyright Act de 1976, Voir Annexe III

<sup>34</sup> *A & M Records, Inc., c. Napster, Inc* 239 F 3d 1004 (9th Cir. 2001), Cf. Affaire *Grokster : MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, No. 01-08541, slip op. (C.D. Cal. Apr. 25, 2003).

<sup>35</sup> *Phillips veut collaborer avec des sites de vente de musique*, Lucas van Grinsven, 26 septembre 2003, Reuters.

<sup>36</sup> *Les beaux jours du piratage musical devraient encore durer 5 ans*, Bernhard Warner, 22 septembre 2003, Reuters. Actualités ; selon une étude d'Informa Media publiée le 22 septembre 2003.

constater leur non responsabilité quant à l'utilisation illégale que font les internautes utilisateurs ou producteurs du site. Les Maisons de Disque doivent alors trouver une nouvelle parade.

### 1) L'affaire Kazaa : la non responsabilité des P2P

26. En 2001, le Tribunal de Grande Instance (TGI) d'Amsterdam a déclaré Kazaa partiellement responsable de la reproduction et de la distribution non autorisées au public d'œuvres protégées.<sup>37</sup> En mars 2002, la Cour d'Appel d'Amsterdam a infirmé ce jugement, relançant le débat sur la non responsabilité des distributeurs de logiciel P2P. La Cour a établi que les défendeurs étaient au courant que leur logiciel était utilisé pour pirater. Toutefois, puisqu'il s'agit d'une connaissance générale et non d'une connaissance effective de la violation et en raison de la décentralisation du programme, la contribution matérielle à l'infraction n'a pas pu être retenue. Ils ne sont pas responsables des abus d'utilisation de leur programme. Contrairement à Napster, ces sociétés ne fournissent pas les outils permettant la commission d'une telle contrefaçon.

27. En avril 2003 en déboutant la RIAA de sa plainte contre les services de P2P et qui demandait la fermeture de Grokster et Morpheus, le juge Fédéral a validé le développement et la mise à disposition de logiciels P2P.<sup>38</sup> En effet, en vertu de l'article 512-a (voir annexe V) du DMCA, les FAI bénéficient d'une exemption de responsabilité (*limitation for transitory communications*), dès lors qu'ils ne sont pas à l'origine de la transmission des fichiers protégés et qu'ils en organisent le simple acheminement sans modification du contenu. Kazaa, n'a pu donc être tenue responsable des abus d'utilisation de son logiciel. En effet, ses éditeurs ne procurant pas les moyens technologiques pour réaliser une contrefaçon, les juges se sont vus dans l'obligation de débouter la partie adverse. Ainsi, le juge s'est rapproché de la décision de la cour néerlandaise en estimant que les logiciels n'avaient pas les moyens de contrôler le contenu échangé protégé ou non par le droit d'auteur. C'est une stricte application de la doctrine sur la violation indirecte du copyright et de la contribution à la violation du copyright, qui ne peut qu'inquiéter les ayants droit.<sup>39</sup>

### 2) A la poursuite judiciaire des internautes : RIAA v. consommateurs

28. Après l'affaire Grokster, les titulaires des droits ont dû trouver une autre stratégie juridique afin de rétablir leurs droits et *royalties*<sup>40</sup>. Le 24 avril 2003, dans sa décision RIAA v. Verizon,<sup>41</sup> la Cour du District de Columbia (*DC District Court*) a ordonné à Verizon (FAI) de communiquer les coordonnées de deux internautes suspectés par la RIAA d'avoir mis à la disposition du public et d'avoir téléchargé de nombreux fichiers musicaux.

29. La répression doit donc passer par l'identification des internautes. utilisateur et producteur téléchargeant ces fichiers musicaux sans l'autorisation des titulaires. En se servant de l'adresse *Internet Protocol* (IP) de l'internaute, il est possible d'obtenir, via le FAI, les coordonnées physiques du présumé pirate. Les FAI comme Verizon, opérateur américain de télécommunications, se sont vus dans l'obligation de révéler l'identité de ceux soupçonnés de télécharger et de diffuser illégalement des fichiers musicaux. La victoire de la RIAA, en juin dernier l'a confortée dans sa stratégie offensive et ainsi le 8 septembre dernier la RIAA a déposé 261 plaintes contre les usagers qui avaient « en moyenne distribué illégalement plus de 1.000 fichiers musicaux ».<sup>42</sup>

30. La RIAA semble ne s'attaquer cependant qu'aux internautes producteurs et non aux internautes utilisateurs, même si la distinction entre les deux reste floue, l'internaute télécharge un fichier sans autorisation préalable et sans payer la moindre redevance. Il semblerait que les assignations portent ses fruits. En effet, il y aurait une perte de vitesse sur le nombre de

<sup>37</sup> Kazaa: Jugement du 29 Novembre 2001, Rechtbank Amsterdam, affaire n°KG 01/2264 OdC.

<sup>38</sup> Kazaa, 259 F. Supp. 2d 1029.

<sup>39</sup> Décision confirmant la jurisprudence Betamax de la Cour Suprême des Etats-Unis, de 17 janvier 1984 : « la vente de matériel de duplication, tout comme la vente des autres articles de commerce, n'est pas constitutive d'une violation accessoire si le produit est généralement utilisé dans un but légitime et acceptable. Il suffit en effet qu'il soit susceptible d'utilisations licites substantielles. », lire Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774 ; 78 L. Ed. 2d 574 (1984).

<sup>40</sup> Redevances.

<sup>41</sup> RIAA v. Verizon Internet, 240 F.Supp.2d 24.

<sup>42</sup> *Piratage: contre-attaque des sites gratuits pour protéger leurs usagers*, 30 septembre 2003, AFP.

Kazaastes : il serait passé de 4,47 à 4,23 millions.<sup>43</sup> Mais ceux-ci se tournent vers d'autres sites tel iMesh. Un autre éditeur de site susceptible de remporter un franc succès, est le site espagnol Blubster 2.5., qui en plus de son application de P2P décentralisée et sécurisée, assure l'anonymat total de l'utilisateur sur le réseau.

## B. L'identification des « copirates » ou pirates

31. Le Titre II,<sup>44</sup> article 512 du DMCA, sur la limitation de la responsabilité en cas d'atteinte du copyright en ligne, exonère de leur responsabilité les intermédiaires techniques (FAI) sous de strictes conditions. Ainsi les FAI ont une mission de surveillance (*Notice*) et d'intervention (*take down*) dans le cadre d'un contenu qui serait suspect. L'article 512d confère aux FAI un droit de censure temporaire dès que les critères relatifs à la plainte sont respectés. Ainsi l'article 512-a du DMCA, établit que les FAI bénéficient d'une exemption de responsabilité (*limitation for transitory communications*), dès lors qu'ils ne sont pas à l'origine de la transmission des fichiers protégés, et qu'ils en organisent le simple acheminement sans modification du contenu.

32. La section 512h, prévoit pour le titulaire de copyright la possibilité de demander au tribunal une mesure obligeant le FAI à divulguer l'identité de l'abonné contrefacteur. Lorsque le DMCA a été rédigé, l'hypothèse du téléchargement illégal de fichiers musicaux n'était pas encore d'actualité et la portée d'une mesure contraignant la divulgation de l'identité des contrefacteurs n'avait jamais été envisagée.

33. Ainsi, la décision<sup>45</sup> du juge John Bates, ordonnant à Verizon, de fournir les coordonnées d'internautes producteurs, ne s'est pas faite sans grincements de dents.

### 1) La remise en cause de l'interprétation de la section 512-h du DMCA (annexe V)

34. Cette section prévoit une procédure selon laquelle tout titulaire de copyright ou ayant droit peut, sous réserve de satisfaire les conditions énoncées, demander à un auxiliaire de justice d'une Cour fédérale de délivrer, au FAI une injonction de divulguer l'identité d'un de ses souscripteurs soupçonné de s'être livré à des activités portant atteinte au copyright.

35. Fournir à la RIAA, les données personnelles de ses clients serait pour une compagnie telle que Verizon un véritable suicide commercial si bien que la FAI a décidé de faire appel de l'ordonnance en se basant sur deux fondements. Si les juges et les FAI s'accordent sur l'illégalité des échanges de fichiers musicaux, il n'en va pas de même pour les droits privés garantis par la constitution et leur compatibilité avec la DMCA. Verizon n'est pas seul à résister ; SBC Communication, un autre opérateur américain, refuse de délivrer le nom des clients pour lesquels il a reçu 300 assignations.<sup>46</sup>

36. Le premier fondement propose une interprétation différente du DMCA : celui-ci impose aux FAI, de fournir les noms des internautes soupçonnés d'utiliser leurs services pour pirater des contenus protégés par le droit d'auteur. Ainsi leur théorie repose sur le fait que le DMCA a été rédigé avant Napster et que par conséquent son interprétation devrait se limiter aux fichiers stockés sur les serveurs du fournisseur et non pas sur les disques durs des ordinateurs personnels des internautes. La Cour rejette cette théorie, estimant que le champ d'application de 512-h couvre l'ensemble des services des fournisseurs et n'exclue pas les fichiers pirates stockés dans l'ordinateur.

### 2) La remise en cause de la Constitutionnalité du DMCA

37. Le deuxième fondement remet en cause la constitutionnalité du DMCA. Verizon conteste le pouvoir de la RIAA à obtenir la délivrance d'une citation à comparaître émise par le bureau du District Court sans le recours à la signature d'un juge. Pour Verizon, il s'agit d'une atteinte à la vie privée, l'avocat de Verizon a même suggéré qu'il serait plus adéquat de voter une nouvelle loi sur le P2P.<sup>47</sup> Pourtant, le Juge estime que cette injonction ne relève pas de l'exercice du pouvoir judiciaire, mais seulement de la voie administrative sans véritable pouvoir

<sup>43</sup> *iMesh convoqué à son tour au Tribunal*, Christophe Lagane (VNUNET France), 23 septembre 2003, Yahoo ! Actualités.

<sup>44</sup> Intitulé « *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* » et surnommé « *Notice and Take Down* » (ordre de divulguer l'identité).

<sup>45</sup> *RIAA v. Verizon Internet*, 240 F.Supp.2d 24.

<sup>46</sup> *RIAA Rocks Around the Clock*, Cynthia L. Webb, 1<sup>er</sup> août 2003, The Washington Post.

<sup>47</sup> *Le Fournisseur d'Accès Internet Verizon attaque la RIAA*, 17 Septembre 2003, Yahoo ! Actualités.

d'appréciation donne à l'auxiliaire de justice. Par conséquent, il n'y aurait pas d'interaction avec l'article III de la Constitution des Etats-Unis. Le Juge rappelle également que le Premier Amendement, qui protège la vie privée ne saurait être supérieur au copyright.<sup>48</sup> L'utilisation non autorisée des œuvres protégées par le copyright est présumée constituer un préjudice irréparable, un vol.<sup>49</sup> Ainsi le fait pour Verizon de continuer à bénéficier du régime d'exonération de responsabilité sans obligation concomitante de révéler l'identité d'un prétendu contrevenant au copyright, ne servirait pas l'intérêt public.<sup>50</sup> La Cour refuse donc le sursis à exécution de l'ordonnance.<sup>51</sup>

38. Cela a d'ailleurs inspiré le groupement danois de lutte anti-contrefaçon qui a envoyé à 150 internautes une facture correspondant aux droits d'auteurs dus en raison du téléchargement illégal, faute de paiement on peut penser que le 'Anti Pirat Gruppen' aura recours au tribunal.<sup>52</sup>

39. Si pour certains le DMCA représente la sauvegarde du copyright,<sup>53</sup> il correspond au contraire pour d'autres, à une sur-réservation nuisant au progrès. Ainsi pour le Professeur Pamela Samuelson, la gestion du copyright envisagée par le DMCA, empêche le progrès de la science ce qui est économiquement injustifiable et manque à sa mission de balance des intérêts garantis par la Constitution.<sup>54</sup> Cependant d'autres solutions sont envisagées dans la sauvegarde du copyright. Le Traité OMPI, dans ses articles 11 et 12 de 1996,<sup>55</sup> permet à la technique de venir au renfort du droit. Dans cette bataille juridique et technologique, ne pourrait-on pas envisager une alliance ?

### III – La tentative de légalisation du commerce des Editeurs de site P2P

40. Dans l'ombre de la RIAA et de l'Industrie du disque, se trouvent les artistes interprètes comme Sheryl Crow, Shakira, Peter Gabriel qui s'allient au combat contre la violation de leur copyright. Si lors du procès Napster, le groupe de Heavy Metal, Metallica s'est retrouvé hué par certains de leur fans en raison de leur prise de position contre Napster, il est un fait que les artistes n'existent qu'en raison de leur public. Les auteurs se retrouvent devant le dilemme de l'ère digitale, où leur cauchemar est celui de perdre tout contrôle sur leur œuvre.

#### A. L'alliance du droit et de la technologie

41. Même si les Etats-Unis, en adhérant à la Convention de Berne en 1989, et malgré leur conception minimaliste sur la conception de droits moraux, a renforcé la protection des droits des auteurs au niveau mondial,<sup>56</sup> cela n'empêche pas que le droit soit limité dans son contrôle, comme l'est la technologie. D'autres solutions doivent sans doute être envisagées.

#### 1) Le contrôle de l'accès

42. Le titre I du DMCA reconnaît aux titulaires de copyright le droit d'utiliser de mesures technologiques pour protéger leur œuvre. Il garantit aussi le droit d'assigner en justice si et seulement si leur moyen de contrôle technologique est compromis. Ainsi le DMCA crée une nouvelle conception du copyright allant plus dans le sens des auteurs. La section 1201 du DMCA, traite des conceptions de "access control device" et "copy control device". Un "access control device" s'apparente à une *encryption* ou à un système de mots de passe qui contrôle l'accès à l'œuvre. Le titulaire de copyright peut exiger à ce que le film DVD soit protégé contre quiconque

<sup>48</sup> Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 82 F. Supp. 2d 211, 220, S.D.N.Y. 2000.

<sup>49</sup> Health Ins. Ass'n of Am. v. Novelli, 211 F. Supp. 2d 23, 28, D.D.C. 2002.

<sup>50</sup> Lire : Verizon: Fin de l'anonymat dans le Peer-to-Peer?, Yannick-Eléonore Scaramozzino, 3 Juin 2003, [www.avocat-publishing.com](http://www.avocat-publishing.com).

<sup>51</sup> In re, Verizon Internet Services, Inc., Subpoena Enforcement matter, 257 F. Supp. 2d 244 (D.D.C. 2003), No. 03-MS-040 JDB.

<sup>52</sup> Anti Pirat Gruppen, [www.antipiratgruppen.dk](http://www.antipiratgruppen.dk).

<sup>53</sup> « A Riff on "fair use" in the Digital Millennium Copyright Act », David Nimmer, 148 U. Pa. L. Rev. 673, 674 (2000)

<sup>54</sup> DRM (And, Or, Vs.) the Law, Pamela Samuelson, Avril 2003, Communication of the ACM, April 2003/Vol. 46, No. 4

<sup>55</sup> Voir Annexe II.

<sup>56</sup> « Authors should enjoy in other countries the same protection for works as those countries accord their own authors. » 140H. REP. NO. 100-609, 100th Cong., 2d Sess. 12 (1988) (Star Print); S. REP. NO. 100-352, 100th Cong., 2d Sess. 2 (1988); lire Berne Convention (Paris Act 1971), art. 5(1).

tendant d'accéder à l'œuvre, par un système de mot de passe ou d'encryption. Le "copy control device" limite la reproduction de l'œuvre au cercle de famille et interdit la copie partielle ou totale de cette œuvre.

43. De plus, Les Maisons de disques, voulant répondre aux prouesses technologiques des éditeurs de sites, ont créé un dispositif qui sur certains CD audio empêche la copie de ce même CD. Ainsi, dans l'application pratique de cette protection, le dispositif anti-copie *Content Scrambling System* (CSS) sur les DVD empêche leur copie et prévient leur lecture dans une autre zone géographique que celle de leur distribution. Néanmoins, il ressort de cette mesure, deux inconvénients principaux. Tout d'abord, il suffit pour les consommateurs de recouvrir la bande d'un adhésif ou d'un trait de marqueur pour annihiler le système. Puis, les associations des consommateurs, ont attaqué cette modification technique car le dispositif anticopie empêchait la lecture de CD sur certaines chaînes hi-fi. Le mal fonctionnement du système anticopie n'a pas seulement touché les chaînes hi-fi, mais a atteint également les PC et Macs qui ne pouvaient lire certains CD. Un mal fonctionnement qui s'est traduit judiciairement par une série de Class Action<sup>57, 58</sup>.

44. Nonobstant, le journaliste Jean-Marc Manach,<sup>59</sup> soutient que : « Plusieurs problèmes de sécurité inhérents aux réseaux d'échanges de fichiers «poste à poste» (P2P) permettent d'usurper l'identité d'un internaute afin de pirater des fichiers. Ce qui permettrait à une personne accusée d'avoir illégalement échangé des fichiers de nier toute implication. »<sup>60</sup> Si l'on en croit l'auteur anonyme de cette étude, il y aurait en raison de cette insécurité des réseaux d'échange, un déplacement de la charge de la preuve. En effet, l'internaute, qui au départ devait prouver son innocence, voit la charge se déplacer vers l'Industrie. Celle-ci se voit alors, dans l'obligation de prouver que le contrevenant est bien celui mis en accusation. Pour cela, il faut recourir à l'examen du disque dur.

45. Ainsi le profil<sup>61</sup> récemment adopté par la RIAA, qui se veut plus pédagogique pourrait résulter de cette faille dans la traque aux pirates. De ce fait, elle propose une solution avant le déclenchement du procès, où le présumé pirate peut parvenir à un règlement à l'amiable ou encore peut prouver son innocence.

## 2) La tentative de vie commune pour le copyright et les NTIC

46. En raison de l'interprétation in extenso de la Section 512-h du DMCA, l'*Electric Frontier Foundation*<sup>62</sup> propose une refonte de la notion de copyright et la légalisation du partage de fichiers sur Internet, en signant une pétition (voir annexe I) qui sera soumise au Sénat Américain. Sous le slogan de "Let's the Music Play", elle prône pour la défense de la liberté d'expression et de respect de la vie privée.

47. Dans un récent article<sup>63</sup> du Washington Post, l'industrie de la musique, critiquée dans sa stratégie offensive, s'est déclarée prête à contacter les supposés contrefacteurs, avant de les poursuivre en justice et de leur donner l'opportunité soit d'arriver à un accord à l'amiable soit de prouver qu'ils ont été accusés à tort de violation de copyright.

48. Il faut comprendre aussi, que les coûts de la procédure judiciaire sont énormes. Le but de la RIAA n'est pas d'attaquer en justice chaque contrevenant, mais de faire des exemples. C'est pourquoi, les poursuites judiciaires ont fait coulé beaucoup d'encre, la "grande" Industrie du disque s'attaquant au "pauvre" grand-père ou encore à la "fillette" de 12 ans.<sup>64</sup> L'important pour

<sup>57</sup> Action en justice d'une portée générale dont l'issue intéresse un même groupe, Dictionnaire économique et Juridique, Navarre, 4<sup>ème</sup> Edition.

<sup>58</sup> « En février 2002, une consommatrice américaine avait obtenu gain de cause face au label indépendant américain Music City Records, qu'elle avait attaqué pour avoir commercialisé le dernier album de la star de la country Charley Pride, avec une protection non signalée. Music City Records avait dû accepter d'informer les consommateurs sur les limitations liées à la lecture de leurs CD, une décision qui fait jurisprudence », *CD audio : le système anticopie de Sony allergique au ruban adhésif*, Nicolas Sosnowiez et Christophe Guillemain, 5 juin 2002, ZDNet France.

<sup>59</sup> La vulnérabilité des réseaux P2P pourrait conduire à des erreurs judiciaires, Jeudi 2 octobre 2003, Jean-Marc Manach, Transfert.net.

<sup>60</sup> « P2P Entrapment: Incriminating Peer-To-Peer Network Users », Have2Banonymous, 27 Septembre, 2003, [http://members.ozemail.com.au/~123456789/p2p\\_entrapment.pdf](http://members.ozemail.com.au/~123456789/p2p_entrapment.pdf)

<sup>61</sup> « Music Industry Will Talk Before Suing », Frank Ahrens, 1er Octobre 2003, The Washington Post.

<sup>62</sup> [www.eff.org](http://www.eff.org), Organisation créée en 1990 à San Francisco.

<sup>63</sup> Op. Cit. 61.

<sup>64</sup> « Wayne Rosso, le patron de la Grokster, qui édite le logiciel peer-to-peer du même nom, a proposé de payer les 2.000 dollars que la mère d'une fillette de 12 ans a accepté de verser à la RIAA pour des téléchargements illégaux. Il a expliqué

elle, étant de sensibiliser le public à ces pratiques illégales et d'éliminer commercialement la demande.

49. Devant l'impact social et juridique, plusieurs éditeurs de P2P ont publié le 29 septembre 2003 un code de bonne conduite afin de sensibiliser les internautes aux problèmes de non respect du copyright. L'association réunissant Blubster, eDonkey 2000, Grokster, LimeWire, Morpheus, et Nearshare se nomme « *P2P United* » et s'engage à éduquer leurs utilisateurs sur la législation de la propriété intellectuelle, mais elle refuse d'installer tout moyen technologique empêchant l'échange de fichiers protégés par le droit d'auteur.<sup>65</sup> Kazaa au contraire, propose aux maisons de disques de négocier un système de rémunération pour les œuvres protégées par le copyright.<sup>66</sup> Napster, ex-star du téléchargement qui a été condamné au mutisme depuis juin 2001, a réouvert ce 9 octobre 2003, cette fois en conformité avec la loi en proposant un service payant.<sup>67</sup>

## B. Un compromis difficile sur le P2P

50. La technologie permettant de partager sans frontières la connaissance et l'information, ne peut se faire sans régulation. Tout d'abord parce que l'Internet n'est pas une zone de non droit, ensuite parce que le copyright et droit d'auteur méritent d'être protégé contre le vol.<sup>68</sup> Toutefois, l'évolution des technologies ne doit pas être freinée par la rigidité de la loi.

51. Si la RIAA soutient la création de sites tel que "*Apple's i Tunes Music*", ou encore la réouverture de Napster en un site payant ; peut-on considérer que son but est bien de promouvoir la technologie en répondant à la demande des consommateurs? Kazaa, à l'origine de la "*Distributed Computing Industry Association*" vient de proposer de regrouper tous les éditeurs décentralisés en un site de téléchargement payant afin de rémunérer les ayants droit. Kazaa garantit aux Majors de grandes retombées économiques. On peut rester perplexe quant à la réponse de Jonathan Lamy, conseiller de la RIAA, sur cette proposition: « Il est heureux de constater que certains services de P2P sont intéressés à trouver une solution commerciale. Mais il est dur de prendre au sérieux des services de P2P qui enfreignent les droits et veulent ainsi être légalisés, alors qu'ils continuent de permettre à leurs utilisateurs de violer la loi et refusent d'installer des technologies éradiquant la violation de droit d'auteur. »<sup>69</sup> En effet, il semble que les Majors ne soient pas prêts à transiger, ou à céder leur part de marché.

Brigitte DIAS-FERREIRA

## LISTES DES ABREVIATIONS

AFP : Agence France Presse  
CD : Compact Disc  
CDR : Compact Disc Recordable  
CDR-RW : Compact Disc Recordable Rewritable  
D.D.C : District Court for the District of Columbia  
DMCA: Digital Millenium Copyright Act  
IP : Internet Protocol  
IFPI : International Federation of the Phonographic Industry  
MP3 : Motion Pictures Expert Group (Mpeg) Layer 3  
NTIC : Nouvelles Technologies Information et Communication  
OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (version anglaise WIPO, World Intellectual Property Organization)

---

son geste en affirmant qu'il est "dégoûté" par l'attitude de l'association des Majors du disque », *Téléchargement : sept pirates pas vraiment terrifiants*, *Journal Du Net* du 11/09/03.

<sup>65</sup> Des réseaux "peer to peer" publient un code de bonne conduite, Andy Sullivan, 29 septembre 2003, Reuteurs.

<sup>66</sup> « *File-Sharing services have plan to pay* », Frank Arhens, 9 octobre 2003, The Washington Post.

<sup>67</sup> Lire [www.journaldunet.com/printer/031003napster.shtml](http://www.journaldunet.com/printer/031003napster.shtml).

<sup>68</sup> « *Napster And The Digital Age: The Future Of Copyright Law* », Michael Remington, Octobre 2002, [www.dbr.com](http://www.dbr.com).

<sup>69</sup> Op. Cit. 1.

PC : Personal Computer

RIAA : Recording Industry Association of America

S.D.N.Y. : Southern District of New York

TGI : Tribunal de Grande Instance

WPPT : Performances et Phonograms Treaty de l'OMPI

## BIBLIOGRAPHIE

### ARRÊTS DE JURISPRUDENCE

- **A & M Records, Inc., c. Napster, Inc.**, 239 F 3d 1004 (9th Cir. 2001).
- **Affaire Aimster** : *In re: Aimster Copyright Litigation*, Docket No. 02-4125 (7th Cir. June 30, 2003).
- **Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service, Co.**, 499 U.S. 340, 349-50 (1991).
- **Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.**, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).
- **Affaire Grokster: MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.**, No. 01-08541, slip op. (C.D. Cal. Apr. 25, 2003).
- **Health Ins. Ass'n of Am. v. Novelli**, 211 F. Supp. 2d 23, 28, D.D.C. 2002.
- **In re, Verizon Internet Services, Inc.**, Subpoena Enforcement matter, 257 F. Supp. 2d 244 (D.D.C. 2003), No. 03-MS-040 JDB.
- **Kalem C. v. Harper Bros**, 222 U.S. 55, 63 (1911).
- **Kazaa**, 259 F. Supp. 2d 1029.
- Kazaa : **Jugement du 29 Novembre 2001, Rechtbank Amsterdam, affaire n°KG 01/2264 OdC.**
- **RIAA v. Verizon Internet**, 240 F.Supp.2d 24.
- **Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.**, 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774 ; 78 L. Ed. 2d 574 (1984).
- 240 F.Supp.2d 24
- **Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes**, 82 F. Supp. 2d 211, 220, S.D.N.Y. 2000.

### ARTICLES DE DOCTRINE

- **David Nimmer**, « *A Riff on "fair use" in the Digital Millennium Copyright Act* », 148 U. Pa. L. Rev. 673, 674 (2000).
- **Michael Remington**, *Napster And The Digital Age: The Future Of Copyright Law*, Octobre 2002, [www.dbr.com](http://www.dbr.com).
- **Richard Stallman**, *La liberté ou le copyright ?*, 2000, [www.gnu.org](http://www.gnu.org).
- **Pamela Samuelson**, « *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised* », 1999 Berkeley Law Journal , Vol.14:1 p.10 # 46.
- **Pamela Samuelson**, « *The U.S. Digital Agenda at WIPO* », 37 VA. J. Int'l L. 369 (1997).
- **Pamela Samuelson**, « *DRM (And, Or, Vs.) the Law* », Avril 2003, Communication of the ACM, April 2003/Vol. 46, No. 4.
- Yannick-Eléonore Scaramozzino, *Verizon: Fin de l'anonymat dans le Peer-to-Peer?*, 3 Juin 2003, [www.avocat-publishing.com](http://www.avocat-publishing.com).

### MEMOIRES & RAPPORTS

- « *DMCA section 104 Report* », août 2001, <http://www.loc.gov/copyright/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>.
- *Les consommateurs-hackers l'émergence et l'essor d'un projet social et économique sur Internet. Le cas du piratage des produits culturels*, 2002, **Damien Ravé**, Mémoire de maîtrise Marketing et Communication de marques, Paris IV - SORBONNE – CELSA.

- *P2P Entrapment: Incriminating Peer-To-Peer Network Users*, **Have2Banonymous**, 27 Septembre, 2003,

[http://members.ozemail.com.au/~123456789/p2p\\_entrapment.pdf](http://members.ozemail.com.au/~123456789/p2p_entrapment.pdf)

## OUVRAGES

- **Goldstein**, Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox, 1994.
- **André Lucas**, Droit d'auteur et numérique, Litec, 1998
- **Michel Vivant**, Les créations immatérielles et le droit, Collection Ellipses.
- Copyright, Fifth Edition, Michie Contemporary Legal Education Series, Lexis, **Robert A. Gorman, Jane C. Ginsburg**.

## Ouvrages non cités dans le texte mais aidant à la compréhension:

- Copyright Use and Excuse on the Internet, Columbia - VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 24, Fall 2000.
- Copyright cases and Materials, Fifth Edition, 200 Case Supplement and Statutory Appendix, **Robert A. Gorman, Jane C. Ginsburg**.
- Law and Business of the Entertainment Industries, Praeger Third Edition, **Biederman, Pierson, Silfen, Glasser, Berry, Sobel**.

## PRESSE QUOTIDIENNE

### The Washington Post

- « *File-Sharing Services have plan to pay* », Frank Ahrens, 9 octobre 2003, The Washington Post.
- « *Music Industry Will Talk Before Suing* », Frank Ahrens, 1 octobre 2003, The Washington Post.
- « *RIAA Rocks Around the Clock* », Cynthia L. Webb, 1<sup>er</sup> août 2003, The Washington Post.

### Le Monde

- Le disque français face à la menace Internet, Eric Tong Cuong, 17 septembre 2003, Le Monde.
- Longtemps épargnée, l'industrie nationale est touchée par la chute des ventes, 17 septembre 2003, Le Monde.

### Reuteurs

- Téléchargement : sept pirates pas vraiment terrifiants, Journal Du Net du 11/09/03. Des réseaux "peer to peer" publient un code de bonne conduite, Andy Sullivan, 29 septembre 2003, Reuteurs.
- Philips veut collaborer avec des sites de vente de musique, Lucas van Grinsven, 26 septembre 2003, Reuters.
- Les beaux jours du piratage musical devraient encore durer 5 ans, Bernhard Warner, 22 septembre 2003, Reuteurs.

### AFP

- Piratage: contre-attaque des sites gratuits pour protéger leurs usagers, 30 septembre 2003, AFP.

### Autres :

- La vulnérabilité des réseaux P2P pourrait conduire à des erreurs judiciaires, Jeudi 2 octobre 2003, Jean-Marc Manach, Transfert.net.
- iMesh convoqué à son tour au Tribunal, Christophe Lagane (VNUNET France), 23 septembre 2003, Yahoo ! Actualités.
- Le Fournisseur d'Accès Internet Verizon attaque la RIAA, 17 Septembre 2003, Yahoo ! Actualités.
- Quand le piratage ralentit l'économie, 3 avril 2003, [www.deplaine.com](http://www.deplaine.com).
- « *File swapping invades the home computer* », Karen Thomas, 14 octobre 2002, USA TODAY.
- CD audio : le système anticopie de Sony allergique au ruban adhésif, Nicolas Sosnowiez et Christophe Guillemain, 5 juin 2002, ZDNet France.

## DICTIONNAIRES

- Black's Law dictionary, Brian A. Garner, West Group Edition 2000.
- Code de la Propriété Intellectuelle, Edition Litec.
- Dictionnaire économique et Juridique, Navarre, 4<sup>ème</sup> Edition.
- Dictionnaire Le Petit Robert, Edition 2001

## SITES INTERNET

ADAMI [www.adami.org](http://www.adami.org)  
Anti Pirat Gruppen [www.antipiratgruppen.dk](http://www.antipiratgruppen.dk)  
Association P2P United [www.p2punity.org](http://www.p2punity.org)  
Digital Millennium Copyright Act <http://lcWeb.loc.gov/copyright/>  
Electronic Frontier Foundation [www.eff.org](http://www.eff.org)  
Journal Du Net [www.journaldunet.com](http://www.journaldunet.com)  
Kazaa [www.kazaa.com](http://www.kazaa.com)  
Napster [www.napster.com](http://www.napster.com)  
OMPI (Traités) [www.ompi.org](http://www.ompi.org):  
The Washington Post [www.washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com)  
Recueil d'actualité Internet [www.internetnews.com](http://www.internetnews.com)

**ANNEXE I**

**Lettre adressée par l'Electric Frontier Foundation contre la Record Industry**

October 4, 2003

Your U.S. representative

Dear Representative,

I am writing to voice my strong opposition to the Author, Consumer and Computer Owner Protection and Security Act (ACCOPS, HR 2752). ACCOPS would make it a felony to transfer music over the Internet without copyright holder authorization. In other words, a teenager could go to jail for five years, pay a \$250,000 fine and lose her right to vote for uploading a single song to a file-sharing network.

60 million Americans use file-sharing technology; turning them all into felons is not reasonable public policy. We should look for solutions that compensate copyright holders, not protect the antique business models of the recording industry. I urge you to read about some of them at the Electronic Frontier Foundation's "Let the Music Play" campaign website:

<http://www.eff.org/share/>

The punishment outlined in ACCOPS is vastly disproportionate to the crime of copyright infringement and I urge you to fight against this outrageous bill. I hope I'll be able to tell more of your constituents that you are doing the right thing on HR 2752. Thank you for your time.

Sincerely,

*Your signature will be added from the information you provide below*

## ANNEXE II

### Article 11 du Traité OMPI : **Obligations relatives aux mesures techniques**

« Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi. »

### Article 12 du Traité OMPI : **Obligations relatives à l'information sur le régime des droits**

- 1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :
- i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
  - ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.
- 2) Dans le présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public.

### **ANNEXE III**

#### **Section 107 : Le “fair use” (usage loyal)**

« Nonobstant les dispositions des articles 106, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent

notamment être pris en considération :

- 1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- 2) la nature de l'œuvre protégée;
- 3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; et
- 4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés.»

#### **ANNEXE IV**

**\* Section 1201 du DMCA:**

A cette fin, la nouvelle section 1201 distingue trois catégories de violations:

- 1- la violation des mesures de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres protégées ;
- 2- La fabrication, la distribution, la mise à disposition et plus largement la commercialisation de dispositifs ou services qui neutralisent les systèmes de contrôle d'accès ;
- 3- La fabrication, la distribution, la mise à disposition et plus largement la commercialisation de dispositifs ou services qui neutralisent une mesure technique protégeant efficacement un droit reconnu au titulaire du droit d'auteur.

## ANNEXE V

### \* Sec. 512. - Limitations on Liability Relating to Material Online

#### (a) Transitory Digital Network Communications. -

A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if -

- (1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;
- (2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;
- (3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;
- (4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and
- (5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

#### (b) System Caching. -

(1) **Limitation on liability.** - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which -

(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A),

if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

(2) **Conditions.** - The conditions referred to in paragraph (1) are that -

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the

subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology -

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if -

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

**\* Section 512- h du DMCA :**

**(h) Subpoena To Identify Infringer. -**

(1) **Request.** - A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(2) **Contents of request.** - The request may be made by filing with the clerk -

(A) a copy of a notification described in subsection (c)(3)(A);

(B) a proposed subpoena; and

(C) a sworn declaration to the effect that the purpose for which the subpoena is sought is to obtain the identity of an alleged infringer and that such information will only be used for the purpose of protecting rights under this title.

(3) **Contents of subpoena.** - The subpoena shall authorize and order the service provider receiving the notification and the subpoena to expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner information sufficient to identify the alleged infringer of the material described in the notification to the extent such information is available to the service provider.

(4) **Basis for granting subpoena.** - If the notification filed satisfies the provisions of subsection (c)(3)(A), the proposed subpoena is in proper form, and the accompanying declaration is properly executed, the clerk shall expeditiously issue and sign the proposed subpoena and return it to the requester for delivery to the service provider.

(5) **Actions of service provider receiving subpoena.** - Upon receipt of the issued subpoena, either accompanying or subsequent to the receipt of a notification described in subsection (c)(3)(A), the service provider shall expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner the information required by the subpoena, notwithstanding any other provision of law and regardless of whether the service provider responds to the notification.

(6) **Rules applicable to subpoena.** - Unless otherwise provided by this section or by applicable rules of the court, the procedure for issuance and delivery of the subpoena, and the remedies for noncompliance with the subpoena, shall be governed to the greatest extent practicable by those provisions of the Federal Rules of Civil Procedure governing the issuance, service, and enforcement of a subpoena duces tecum.