

Films en ligne : équilibre entre droits d'auteurs et usage loyal

Il y a moins de deux ans, *IRIS Focus* présentait un article consacré à une première vague de procès relatifs aux offres de fichiers audio en ligne (voir *IRIS* 2000-8 : 14, "MP3 : usage loyal ou déloyal ?"). Il ne restait plus qu'un pas à franchir pour que la technologie numérique progresse encore et rende attractive l'offre de fichiers audiovisuels sur Internet.

Depuis, les films sont arrivés en ligne et, comme on pouvait s'y attendre, ils sont essentiellement proposés sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur. Qui plus est, l'offre de ces films contourne les mesures technologiques de protection du droit d'auteur. La fourniture de films en ligne soulève par conséquent des points de droit à la fois familiers et nouveaux. Comme dans les affaires concernant le MP3, l'industrie américaine fut la première à porter ce type de litige devant les tribunaux. Mais les problèmes juridiques relatifs aux services de films en ligne présentent un caractère véritablement planétaire.

Le présent *IRIS plus* complète notre article antérieur, en traitant des nouvelles questions de droit soulevées en la matière et du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Nous espérons répondre ainsi à vos besoins en matière d'information juridique et de connaissance des développements technologiques sous-jacents.

Strasbourg, avril 2002

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice *IRIS*

Experte juridique, Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS plus est un supplément à **IRIS**, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2002-4

Directeur de la publication : Wolfgang Closs - Impression : Nomos Verlagsgesellschaft, mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, D-76350 Baden-Baden
Editeur : Charles-Henry Dubail, Victoires-Éditions, Sàrl au capital de 91 469,41 EUR, RCS Paris B 342 731 247, siège social 4 ter rue du Bouloi F-75001 Paris
N° ISSN 1023-8557 - N° CPPAP 77549



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

VICTOIRES



38 RUE CROIX-DES-PETITS-CHAMPS • F-75001 PARIS
TEL. +33 (0)1 53 45 89 15 • FAX +33 (0)1 53 45 91 85
e-mail: c.vier@victoires-editions.fr



Films en ligne : équilibre entre droits d'auteurs et usage loyal

par Susanne Nikoltchev & Francisco Javier Cabrera Blázquez
Observatoire européen de l'audiovisuel

Introduction

Le *digital versatile disc* (DVD – disque numérique polyvalent) est le média numérique standard de distribution de films à domicile, agréé par les principaux studios de cinéma. Le DVD, d'un diamètre de cinq pouces (environ treize centimètres), dispose d'une capacité de mémoire de plusieurs Gigaoctets de données, ce qui lui permet de supporter une vidéo de type cinématographique sous forme de fichiers audiovisuels numériques. Les DVD peuvent être lus par les lecteurs DVD ou par les ordinateurs équipés de lecteurs DVD-ROM et d'extensions de matériel ou de logiciel (lecteurs médias).

Une personne techniquement compétente peut aujourd'hui parvenir à séparer le fichier d'un film de son support original, le DVD. Il lui est alors possible de réaliser des copies conformes par simple duplication de l'information numérique sur le disque dur de son ordinateur. A partir de là, le film peut être lu par le disque dur de l'ordinateur comme n'importe quel autre fichier et peut être diffusé par voie électronique. Si ce fichier est proposé sur Internet, toute personne peut faire sa propre copie du film. Ce procédé ne demande pratiquement aucun frais ni effort, mais soulève des questions de droit relatives aux droits de propriété intellectuelle de l'industrie du cinéma et du DVD. Bien qu'il en soit encore à ses débuts, le marché du DVD a pris de l'importance¹ et les principaux acteurs du marché ont recours à tous les moyens possibles, y compris les procès, pour le protéger du piratage.

Dans notre publication antérieure "MP3 : usage loyal ou déloyal"² nous avons déjà traité des principales questions de droit visant à déterminer, notamment, si la copie d'un fichier numérique provenant d'un CD sur un support électronique constitue une violation de la législation en matière de droit d'auteur, quels sont les cas où la copie peut être utilisée ou quelles sont les implications des systèmes de distribution existants. Les problèmes pratiques et juridiques générés par la duplication et la diffusion illicites de fichiers numériques de films ressemblent pour beaucoup à ceux qui sont posés par les CD, car la principale technologie du MP3³ est la même que celle des versions numériques des films. Les particuliers peuvent ainsi proposer des copies numériques de films DVD (comme c'était déjà le cas avec les enregistrements de CD) directement sur leurs sites Web ou établir un lien hypertexte vers de telles copies stockées ailleurs. Ils peuvent fournir des systèmes de distribution spéciaux⁴ ou proposer un lien vers de tels systèmes hébergés sur d'autres sites Web.

Les évolutions plus récentes, signalées à leur stade encore initial dans l'article consacré au MP3, permettent aux particuliers de participer à des réseaux *peer to peer* (pair à pair), mettant à mal un certain nombre de considérations juridiques en la matière. Les systèmes *peer to peer* agissent avec un effet boule de neige : un usager se met en relation tout d'abord avec un ou plusieurs autres usagers pour faire sa demande d'un film particulier ; les destinataires transmettent alors cette demande à leurs correspondants électroniques jusqu'à ce que le fichier électronique correspondant soit trouvé au sein du réseau. Enfin, le transfert du fichier s'effectue entre deux parties privées et reste anonyme⁵. Ces derniers temps, l'échange de fichiers de films sur Internet a été facilité et accéléré par le système FastTrack, qui institue une nouvelle variante du logiciel de partage des fichiers et est proposé gratuitement sur Internet. Les litiges nés de cette situation montrent comment les litiges liés au MP3 se prolongent aujourd'hui dans les systèmes de distribution *peer to peer* des films.

L'échange des fichiers de films sur Internet soulève cependant des points de droit qui dépassent le cadre des litiges liés au MP3 et vont même au-delà des nouvelles questions soulevées par FastTrack. Cela est dû principalement à l'instauration par l'industrie d'une mesure technique de protection contre la reproduction illicite sur DVD, baptisée

Content Scramble System (CSS – système de codage du contenu), qui ne concernait pas encore les CD dans le cas du MP3⁶. La riposte de certains experts en programmation est survenue rapidement sous la forme du DeCSS, logiciel capable de décoder le CSS.

Le mélange des anciens et des nouveaux aspects de la distribution des fichiers numériques audiovisuels détermine la structure du présent article. Celui-ci présente tout d'abord les litiges qui entourent le MP3, en soulignant par là même les questions de droit relatives à la diffusion des fichiers numériques de films. Il s'attache ensuite à l'examen des litiges liés au FastTrack, décrit la technologie CSS/DeCSS et ses implications juridiques, puis s'achève par une brève conclusion.

Les leçons à tirer des litiges audio

Le transfert de fichiers numériques audio-vidéo effectué sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur peut donner naissance à un litige. C'est ce qui est arrivé avec la diffusion sur Internet du MP3 et ce qui se produit aujourd'hui avec le transfert électronique des fichiers de films. Jusqu'ici la jurisprudence en matière de MP3 considère comme illégale l'offre, sans autorisation, de fichiers audio à des clients indéterminés, que cette offre passe par des liens directs vers ces fichiers, vers des listes de fichiers ou vers d'autres sites Web fournissant des listes ou des liens directs. En outre, les fournisseurs Internet, dont les services sont indispensables à l'échange en ligne des fichiers MP3 et à l'hébergement des sites Web, risquent de voir leur responsabilité engagée pour violation indirecte du droit d'auteur, dans un certain nombre de pays tout au moins⁷.

Les litiges relatifs au MP3 concernaient également la protection du droit d'auteur pour les systèmes spécifiques de distribution, tels que les services My.MP3.com⁸ et Napster⁹. Le service My.MP3.com permettait à ses abonnés de sauvegarder, de personnaliser et d'écouter les enregistrements gravés sur leurs CD depuis n'importe quelle région du monde, sous réserve de disposer d'un accès Internet. Les copies numériques retransférées aux clients étaient réalisées et archivées par la société prestataire du service, sans autorisation pour la plupart. Le système de distribution de Napster, au contraire, fonctionnait uniquement comme plate-forme d'échange de copies MP3 entre ses clients. En dehors de l'index des fichiers disponibles fourni par Napster, il s'agissait essentiellement d'un système *peer to peer*. Les services My.MP3.com et Napster ont été interdits aux Etats-Unis ; toutefois, dans l'affaire Napster, cette interdiction a été décidée dans le cadre d'une simple ordonnance de référé, en attendant une décision sur le fond.

Quelle que soit la plainte déposée, il appartenait aux tribunaux de démontrer avant tout la violation directe du droit d'auteur. La constatation des faits ne leur posait aucun problème lorsqu'un nombre important ou l'ensemble des fichiers MP3 proposés sur Internet avait été copié sans le consentement du titulaire des droits¹⁰.

Il était plus difficile de déterminer si le téléchargement pouvait être justifié par un usage privé ou loyal, ou par toute autre exception légale. La liberté d'expression a été invoquée à une occasion (sans succès), selon un raisonnement soutenant que l'interdiction des liens vers les fichiers MP3 constituait une restriction excessive de cette liberté¹¹. L'argument de Napster, selon lequel les demandeurs s'étaient entendus pour "utiliser leur copyright afin d'étendre leur contrôle à la distribution en ligne"¹², allait dans le même sens.

L'équilibre entre le caractère absolu des droits d'auteur et l'intérêt général dans certains cas d'usage privé (ou, pour reprendre la terminologie américaine, d'usage "loyal") n'a pas constitué le fil rouge des seuls litiges relatifs au MP3, puisque cette question avait déjà été évoquée lors de la première Conférence diplomatique de l'OMPI en 1884¹³. Depuis lors, les traités internationaux et les droits nationaux ont admis des exceptions au caractère absolu des droits d'auteur. L'ajout

le plus récent à la législation européenne en la matière est la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information ("Directive")¹⁴. L'article 5 de la Directive énumère l'ensemble des exceptions et limites aux droits d'auteur que la législation nationale peut – bien qu'elle n'y soit pas obligée – prévoir¹⁵. L'exception d'usage privé est expressément envisagée pour le droit de reproduction à l'article 5, paragraphe 2. (b), sous réserve de n'être pas pratiquée à des fins commerciales. Référence y est faite pour le droit de distribution à l'article 5, paragraphe 4. L'exception d'usage privé s'applique aux supports numériques et couvre ainsi la duplication privée sur disque dur. Peu importe que le particulier qui réalise une copie privée le fasse pour son usage personnel ou pour l'usage d'un tiers¹⁶. L'usage privé – comme toute autre exception aux droits d'auteur prévue par le droit communautaire – est en outre limité à "certains cas spéciaux qui ne sont pas incompatibles avec une exploitation normale de l'œuvre ou de son contenu et ne portent pas préjudice de façon déraisonnable aux intérêts légitimes du titulaire du droit". L'usage privé, qui diffère des autres exceptions et de l'usage loyal, est conditionné par le versement au titulaire du droit d'une compensation équitable.

L'appréciation de la conduite des utilisateurs de My.MP3.com et de Napster s'est faite essentiellement au regard de l'usage loyal. Contrairement à l'approche européenne où l'usage privé est encadré par des éléments clé détaillés et fixés par le droit national, l'usage loyal doit être déterminé de façon dynamique au cas par cas. Bien que 17 U.S.C. § 107 (loi américaine relative au copyright) propose la recherche de quatre critères, il est possible d'en retenir également d'autres. C'est là une nouvelle différence avec le droit communautaire.

Aucun de ces critères ne figurait dans les affaires relatives au MP3. Dans l'affaire Napster, il ne s'agit pour l'instant que d'une conclusion provisoire et les limites américaines à "l'usage loyal" ne sont pas encore fixées.

En ce qui concerne les systèmes de distribution spécifiques, l'appréciation de la violation du droit d'auteur ne s'arrête pas à l'établissement de la responsabilité directe des clients pour le téléchargement des fichiers électroniques. Il faut également déterminer si la responsabilité du fournisseur de service peut être engagée. La responsabilité indirecte du fournisseur du service Napster a été engagée pour infraction directe au copyright, conformément aux doctrines de la violation accessoire et indirecte du copyright¹⁷.

Napster a contesté la mise en cause de sa responsabilité indirecte, en vertu de l'article 512 (a) de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA – loi relative au copyright du millénaire numérique)¹⁸. Cette disposition refuge limite la responsabilité des fournisseurs de service en ligne en matière d'informations échangées par l'intermédiaire de leurs services si le fournisseur met en oeuvre des mesures techniques de protection du copyright, tels que les systèmes de codage. Elle ne peut être invoquée lorsque le fournisseur avait connaissance ou était en mesure d'avoir connaissance des infractions (répétées). La probabilité que Napster ait pu en avoir connaissance a anéanti son système de défense dans la procédure de référé ; par conséquent, la question de savoir si Napster présentait la nature de fournisseur de service Internet n'a pu être tranchée. Il apparaît que les systèmes de distribution des fichiers numériques via Internet peuvent bénéficier des dispositions refuge de la DMCA. S'ils ne satisfaisaient pas aux exigences de la loi, quelques modifications du cadre technique pourraient faire pencher la balance en leur faveur. Cela pourrait même être déjà le cas de la constellation *peer to peer*.

En comparaison, la Directive se conforme à ce résultat. D'une part, elle introduit le droit exclusif de mise à disposition du public que les Etats membres doivent prévoir en faveur des producteurs des premières fixations des films, en ce qui concerne les originaux ou les copies de leurs films. Les systèmes centralisés de distribution, comme ceux qui sont utilisés pour le MP3, offrent des services auxquels "chacun peut avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement"¹⁹. Ils sont de ce fait susceptibles de se voir reconnaître la qualité de transmissions interactives à la demande. En conséquence, ces services peuvent se révéler incompatibles avec le droit de mise à disposition du public, sauf s'ils ont été autorisés par le titulaire du droit d'auteur. D'autre part, le considérant 27 de la Directive précise que "la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas en soi une com-

munication au sens de la présente Directive." On peut en déduire qu'au moins les fournisseurs de service Internet "traditionnels" ne risquent pas de voir leur responsabilité engagée pour la prestation de leurs services. Mais on ignore encore quelle décision sera rendue dans l'affaire Napster, puisque les réseaux *peer to peer* constituent une intéressante situation intermédiaire.

Le système FastTrack : MGM c. Grokster

Le plus populaire de ces réseaux *peer to peer* a été constitué grâce au système FastTrack, qui est un logiciel d'échange de fichiers *peer to peer* de marque déposée. FastTrack permet à chacun de ses utilisateurs de trouver n'importe quel type de fichier informatique détenu par tout autre utilisateur et d'en obtenir la copie par transfert individuel, directement d'utilisateur à utilisateur (sans serveur centralisé). C'est le Consumer Empowerment BV (également connu sous le nom de Kazaa) qui a mis au point le logiciel FastTrack, l'a distribué gratuitement sur Internet et en a accordé la licence à Grokster et MusicCity. Les deux entreprises ont alors à leur tour proposé gratuitement FastTrack sur Internet. Chacune de ces trois sociétés propose FastTrack à travers sa propre interface et l'utilise pour diffuser des messages et des publicités. FastTrack permet à Kazaa, Grokster et MusicCity de partager le même réseau d'utilisateurs.

FastTrack fonctionne comme les autres systèmes *peer to peer*, mais à la différence de ceux-ci il n'est pas totalement décentralisé. Dans les réseaux de partage de fichiers *peer to peer* entièrement décentralisés (comme Gnutella), les demandes de recherche doivent souvent passer par l'ensemble du réseau, puisque le fichier demandé est recherché auprès de chaque ordinateur. Non seulement ce système génère un trafic énorme sur Internet, mais il ralentit de surcroît considérablement le processus de recherche (quand il ne le rend pas impossible à l'occasion).

Pour éliminer cet inconvénient, les créateurs de FastTrack ont conçu le système de réseau SuperNode. On peut se représenter SuperNodes comme une sélection aléatoire d'ordinateurs d'utilisateurs, conçue pour fonctionner comme une "plaque tournante" dans une zone géographique déterminée regroupant des utilisateurs de FastTrack. Le système choisit apparemment chaque ordinateur utilisé pour faire partie de SuperNodes de façon automatique et les change constamment en fonction des besoins du réseau. Les utilisateurs doivent consentir à être désignés comme faisant partie de SuperNodes.

Chaque utilisateur se connecte à un SuperNode précis qui "contrôle" un groupe d'utilisateurs et conserve un index de leurs fichiers mis à disposition pour être téléchargés. Tous les SuperNodes sont interconnectés et de ce fait reliés à l'index de chacun d'entre eux. En tant que réseau, SuperNodes gère une liste regroupant l'ensemble des fichiers disponibles auprès de tous les utilisateurs de FastTrack. Un système de type Napster exploiterait au contraire un index de fichiers par l'intermédiaire d'un ou plusieurs serveurs centraux. En contactant son SuperNode "local", l'utilisateur de FastTrack consulte automatiquement toutes les listes de SuperNodes pour effectuer sa recherche.

Le 2 octobre 2001, des demandeurs représentant l'industrie du disque et du cinéma ont intenté une action en dommages et intérêts et une procédure de référé pour atteinte au copyright à l'encontre de Grokster Ltd., MusicCity.Com Inc., MusicCity Networks Inc., et Kazaa²⁰. L'affaire sera jugée par un jury le 1^{er} octobre 2002²¹. Les demandeurs ont intenté cette action "pour empêcher les défendeurs de continuer à encourager et à permettre les contrefaçons massives d'œuvres protégées par le copyright des demandeurs sur Internet et à en tirer profit"²². Ils reprochent aux défendeurs d'agir de manière "volontaire, intentionnelle et délibérée, au mépris et dans l'indifférence des droits des demandeurs". Selon les demandeurs, la majorité des fichiers numériques trouvés sur le réseau des défendeurs sont illégaux, y compris des films récemment sortis en salles, dont certains sont toujours à l'affiche et ne sont pas encore disponibles sur le marché de la vidéo et du DVD ou de la télévision.

Les défendeurs reconnaissent que les utilisateurs de leur réseau se sont lancés dans la distribution sans autorisation d'œuvres protégées par le copyright. C'est la raison pour laquelle cette affaire met en cause uniquement la responsabilité indirecte des défendeurs pour violation directe, au titre de la violation accessoire du copyright et de la violation indirecte du copyright.

Violation accessoire

La doctrine de la violation accessoire du copyright considère que "toute personne qui, ayant connaissance d'une activité constitutive d'une infraction, incite, provoque ou contribue matériellement à la conduite constitutive de l'infraction d'une tierce personne, peut voir sa responsabilité engagée pour violation 'accessoire'"²³. Selon les demandeurs, les défendeurs ont fourni le logiciel, le soutien et les services utilisés au cours des infractions, facilitant et aidant de ce fait leur commission, et ils ont encouragé les utilisateurs à s'engager dans cette voie.

En ce qui concerne Napster, la Cour d'appel avait estimé que sans les services de soutien fournis par Napster, les utilisateurs n'auraient pas pu se lancer dans la reproduction sans autorisation de matériel protégé par le copyright par l'intermédiaire de son réseau. Elle avait cependant déclaré que la simple fourniture de moyens permettant l'exercice d'une activité illicite n'aurait pas constitué en soi une violation accessoire. Mais puisque les serveurs centraux de Napster géraient l'index des fichiers, Napster avait effectivement connaissance des activités illicites exercées au sein de son réseau et a pourtant négligé d'empêcher la duplication sans autorisation de fichiers musicaux. Aussi la Cour a-t-elle conclu que Napster avait contribué matériellement à cette activité illicite.

Contrairement à Napster, les défendeurs soutiennent ne pas avoir effectivement connaissance (à la livraison) de la manière dont leurs clients utiliseront leur logiciel. Ils assurent ne pas prendre part au processus de recherche ou d'échange de fichiers au sein du réseau puisque SuperNodes gère conjointement l'index des fichiers. En outre, ils prétendent ne recevoir aucune information relative aux activités de recherche, ni avoir aucune connaissance de ces activités.

Les demandeurs rétorquent qu'ils ont averti les défendeurs de l'existence des fichiers illicites. De plus, les utilisateurs parlent librement de leurs activités illicites dans un forum de discussion contrôlé par les défendeurs.

Les défendeurs invoquent également la jurisprudence Sony Betamax²⁴, selon laquelle "la vente de matériel de duplication, tout comme la vente de 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". Les défendeurs prétendent que, comme le magnétoscope Sony Betamax, le logiciel FastTrack est susceptible d'utilisations licites substantielles.

Les demandeurs contestent cet argument parce que les défendeurs ont conçu leur logiciel à des fins illicites et que la jurisprudence Sony Betamax ne concerne pas la distribution sans autorisation d'œuvres soumises au copyright, et ne s'applique pas davantage lorsque l'activité illicite peut être stoppée, tout en permettant la poursuite des utilisations licites. Or selon les demandeurs, les défendeurs ne sont pas parvenus à démontrer l'existence d'utilisations licites significatives.

Violation indirecte

L'auteur d'une violation indirecte "a le droit et la capacité de contrôler l'activité illicite et il trouve également un intérêt financier direct dans ces activités"²⁵. Il n'est pas nécessaire qu'il soit effectivement informé de la violation. Selon les demandeurs, la responsabilité indirecte des défendeurs est engagée dans la mesure où ils exercent un contrôle sur les moyens qui ont permis la réalisation de la violation directe. Ils profitent de ces actes illégaux en attirant des utilisateurs sur le réseau et ils en retirent des avantages financiers en affichant des publicités sur les interfaces de leur logiciel.

Selon la jurisprudence Napster, le profit financier réside dans la mise à disposition de matériel illicite "présentant un caractère 'attractif' pour les clients"²⁶. Dans le cas présent, le gain financier semble plus flagrant encore puisque les défendeurs tirent des revenus des publicités affichées. Leurs tarifs dépendent du nombre d'utilisateurs du réseau.

Au lieu de la jurisprudence Sony Betamax, qui se limite à la violation accessoire, les défendeurs invoquent leur incapacité à surveiller et /ou à contrôler les activités des utilisateurs après la livraison du logiciel *peer to peer*. Ils soutiennent que même en cas de fermeture de leurs serveurs centraux, l'ensemble du système continuerait à fonc-

tionner. Seuls les noms des utilisateurs ne s'afficheraient pas correctement sur l'interface et les graphiques et publicités n'apparaîtraient pas à l'écran. Les demandeurs contestent cet argument, en soulignant les efforts fournis par les défendeurs pour mettre à jour et assurer la maintenance du logiciel, ainsi que pour entretenir leurs relations avec leurs clients.

"Dans le sillage de la jurisprudence Napster, un choix entre deux solutions s'impose aux créateurs de *peer to peer* : soit réaliser un système permettant une surveillance et un contrôle complets des activités des utilisateurs, soit en réaliser un qui rende cette surveillance et ce contrôle totalement impossibles"²⁷. Kazaa, Grokster et MusicCity semblent avoir profité de la leçon en mettant au point un modèle commercial basé sur un réseau auto-constitué géré par SuperNodes, susceptible de les exonérer d'une responsabilité indirecte pour violation du copyright. Néanmoins, les attaques lancées par les demandeurs contre ce système doivent encore être repoussées. La principale question à laquelle le jury devra répondre est celle de la connaissance effective des activités illicites par les défendeurs et de leur capacité à surveiller et à contrôler vraiment ces activités.

Les similarités présentées par les systèmes de distribution de Napster et de FastTrack ne doivent pas faire oublier les éléments qui distinguent les fichiers audio des fichiers audiovisuels. Les DVD ont notamment bénéficié dès le départ d'un niveau de protection technique plus élevé. Les sociétés productrices de longs métrages ont mis au point et introduit un système de contrôle d'accès et de prévention des copies pour se protéger contre la duplication illégale. Ce système a ajouté une dimension juridique supplémentaire aux litiges relatifs au droit d'auteur.

CSS et DeCSS

Le *Content Scrambling System* (CSS - système de codage du contenu) contrôle l'accès aux fichiers numériques de films et empêche leur duplication. Il s'agit d'un système de protection à deux niveaux, qui utilise une série de clés mémorisées sur le DVD et le lecteur DVD pour valider l'authenticité de ces deux éléments.

Premièrement, le CSS crypte les fichiers sonores et graphiques. Pour ce faire, chaque disque DVD mis sur le marché est codé à l'aide d'une "clé de disque" cryptée, qui identifie le disque. Deuxièmement, le matériel (lecteur DVD classique ou lecteur DVD d'ordinateur) est équipé d'une configuration correspondante qui lui permet de décrypter, décoder et lire l'information codée. Lorsqu'un lecteur DVD entreprend de lire un DVD, il utilise sa clé de lecteur et parcourt la liste de clés cryptées du disque jusqu'à en décrypter une qui correspond à celle du DVD. Une fois que la clé de disque correspondante est trouvée, la clé du lecteur est validée et une autre clé du DVD est alors disponible. Celle-ci sert ensuite à décoder vraiment le contenu du DVD.

Le CSS permet à l'appareil de lecture de décrypter et de lire les films - mais pas de les copier. La *DVD Copy Control Association* (DVDCCA - Association de contrôle de la duplication des DVD) fournit les clés de CSS et en délivre les licences aux fabricants de disques et de lecteurs, soumis à de strictes exigences de sécurité. La licence interdit également la fabrication de matériel susceptible de fournir une sortie numérique utilisable pour la duplication de DVD protégés.

A l'heure actuelle le CSS n'est compatible qu'avec les ordinateurs utilisant le système Windows - mais pas avec Linux, par exemple.

Il semble à peu près inévitable au XXI^e siècle que chaque système de codage trouve son "décodeur". C'est encore plus vrai lorsque le décryptage de l'information numérique est motivé par le souci de relever le "défi scientifique" que représente l'accès gratuit aux films de Hollywood. En 1999 un adolescent, Jon Johansen, a percé le système CSS en procédant par ingénierie inverse avec un lecteur DVD sous licence. A partir de l'algorithme et des clés de cryptage du CSS qu'il a découverts, il a mis au point un programme informatique baptisé "DeCSS", qui décode le CSS et permet aux utilisateurs de regarder des films DVD sur des lecteurs dépourvus de licence, ainsi que de les copier en format numérique. Ainsi, les fichiers de films peuvent être envoyés par Internet comme n'importe quel autre fichier numérique. Johansen a proposé le DeCSS gratuitement sur son site Web. Il a été téléchargé depuis ce dernier et de nombreux autres sites Web en ont affiché des copies.

Associé à d'autres logiciels, le DeCSS permet à toute personne de

réaliser la copie numérique d'un DVD codé par CSS. Tous les logiciels nécessaires au décodage peuvent être téléchargés gratuitement sur Internet.

La première étape de la duplication d'un fichier codé par CSS sur le disque dur d'un ordinateur non compatible consiste à "éventrer" (c'est-à-dire à extraire et à décoder) le fichier original (.vob) du DVD. Le fichier .vob peut alors être compressé dans un format de fichier qui peut être lu par la plupart des lecteurs de médias informatiques. D'autres formats de codage peuvent ensuite être appliqués au fichier compressé pour parvenir à un taux de compression plus important encore, qui facilite son transfert sur Internet puisque la taille du fichier s'en trouve réduite. Bien que la qualité de ce produit final soit inférieure à celle du DVD original, elle demeure suffisante pour visionner le film sur un écran d'ordinateur.

Les implications juridiques du DeCSS

Le 9 janvier 2002, l'ØKOKRIM (l'unité norvégienne de lutte contre la criminalité économique) a mis en examen Johansen pour avoir pénétré par effraction dans la propriété d'autrui afin d'accéder à des données auxquelles il n'était pas autorisé à accéder²⁸. Selon le Code pénal norvégien, Johansen encourt une peine de prison maximale de deux ans²⁹. Les poursuites engagées se fondent sur l'article 145 qui dispose dans son alinéa concerné³⁰ :

"2. La même peine est applicable à toute personne qui, en forçant un appareil de protection ou par une voie comparable, parvient illégalement à accéder à des données ou un logiciel qui sont sauvegardés ou transférés par des moyens électroniques ou par d'autres moyens techniques".

Cette mise en examen répond favorablement à l'action intentée par la DVDCCA et la Motion Picture Association (Association du film cinématographique)³¹. Les questions suivantes seront déterminantes pour le dénouement de l'affaire et chacune d'elle souffre d'un défaut de jurisprudence antérieure en droit norvégien. Premièrement, la notion de données englobe-t-elle le code CSS - ou uniquement les fichiers de films ? Deuxièmement, cette disposition s'applique-t-elle au fait de forcer le code d'accès au matériel gravé sur un disque détenu par la personne qui contourne l'appareil de protection ? Troisièmement, l'ingénierie inverse répond-elle aux critères d'une conduite délictuelle ? Quatrièmement, est-il possible de renoncer par contrat au droit à l'ingénierie inverse, qui est expressément garanti par le droit norvégien, notamment lorsque l'obligation contractuelle concernée est stipulée dans un contrat de licence exécuté sur Internet (voir plus loin la description de l'affaire de Californie)³² ?

Il reste encore à fixer la date du procès avant que l'une de ces questions puisse être abordée.

Aux Etats-Unis, la DVDCCA a intenté plusieurs actions à l'encontre de la diffusion du DeCSS sur des sites Web et de l'établissement de liens vers des sites Web contenant le DeCSS. Certaines affaires ont déjà été jugées. D'autres ont abouti à des injonctions provisoires ou permanentes.

Le 20 janvier 2000, un tribunal de première instance de Californie a ordonné une injonction provisoire à l'encontre d'Andrew Bunner, pour lui interdire toute divulgation du DeCSS au moyen d'une nouvelle publication du logiciel de décodage du CSS sur son site Web ou ailleurs. Le tribunal n'a cependant pas interdit les liens vers d'autres sites Web proposant le DeCSS³³. Le 1^{er} novembre 2001, l'injonction a été annulée en appel³⁴. Comme cela a été indiqué le 22 février 2002, l'affaire sera désormais entendue par la Cour suprême de Californie³⁵.

Le 23 août 2000, le Tribunal fédéral de grande instance du district sud de New York a interdit l'affichage du DeCSS sur le site Web des défendeurs et leur a interdit de relier sciemment leur site à tout autre site affichant le DeCSS³⁶. Deux défendeurs, Eric Corley et sa société 2600 Enterprises Inc., ont interjeté appel mais ont été déboutés le 28 novembre 2001 par la Cour d'appel fédérale itinérante de la deuxième circonscription³⁷.

Alors que les poursuites engagées en Californie se fondaient sur les dispositions de la version californienne de la *Uniform Trade Secrets Act* (loi d'uniformisation du secret commercial), l'action intentée à New York s'appuyait sur une loi fédérale, à savoir la DMCA. Ces deux affaires se rejoignent sur le terrain de l'examen de la dimension constitutionnelle américaine de la création, de l'utilisation et de la

mise à disposition du DeCSS. Aucune de ces actions n'était intentée à l'encontre de Johansen, mais elles impliquaient néanmoins une appréciation implicite de ses actes.

L'affaire de Californie (DVDCCA c. Bunner)

Dans l'affaire Bunner, la DVDCCA a avancé l'argument selon lequel le DeCSS contient, utilise et/ou est une dérivation substantielle de son information confidentielle déposée. Elle allègue que le DeCSS constitue le passe-partout d'un titulaire de licence CSS homologué. Ce titulaire de licence propose le logiciel CSS exclusivement à travers un contrat de licence qui interdit l'ingénierie inverse. Tout utilisateur qui procède à l'installation du logiciel s'engage contractuellement puisque pendant l'installation le contrat de licence de l'utilisateur final apparaît à l'écran et stipule que le "produit sous forme de code source"³⁸ est "confidentiel", constitue "un secret commercial" et que l'utilisateur "ne peut procéder à une ingénierie inverse... d'aucune portion du produit".

En appréciant ces faits, le tribunal de première instance a conclu que la DVDCCA pouvait soutenir que le CSS constituait un secret commercial et qu'elle s'était raisonnablement efforcée de le protéger. Il a estimé que ce secret avait été percé par ingénierie inverse. Selon la loi californienne relative au secret commercial (section Code civil, article 3426 - 3426.11)³⁹, toute personne qui divulgue ou utilise un secret commercial, dont elle savait ou aurait dû savoir qu'il avait été porté à la connaissance d'une tierce personne par des "moyens illégitimes" ou en violation d'une obligation de non-divulgation, détourne ce secret commercial. Le tribunal de première instance a supposé que Bunner avait divulgué le DeCSS alors qu'il aurait dû au moins savoir que le DeCSS avait été créé par l'utilisation non autorisée d'une information déposée relative au CSS, qui avait été obtenue par le percement illégal du code par Johansen. Le caractère illégal de l'acte de Johansen est cependant la conséquence de la violation du contrat de licence qui interdisait l'ingénierie inverse, et non de l'ingénierie inverse elle-même, puisque cette dernière est expressément considérée comme ne constituant pas un moyen illicite (Code civil, article 3426.1, alinéa (a)).

Le tribunal de première instance s'est abstenu d'interdire les liens vers d'autres sites Web, en décidant que le propriétaire d'un site n'était pas responsable du contenu d'autres sites. En outre, les liens ont été jugés indispensables à l'accès Internet.

Le principal point laissé au réexamen de la Cour d'appel de Californie était l'appréciation du premier amendement par le tribunal de première instance. Il sera abordé plus loin avec les aspects supplémentaires contenus dans l'affaire de New York.

L'affaire de New York (DVDCCA c. Corley)

L'affaire Corley aborde la question du caractère d'outil de contournement illicite que présente ou non le DeCSS au regard de la DMCA. La DMCA transpose en droit fédéral américain notamment l'obligation de l'article 11 du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI (WCT) et l'article 18 du même Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de l'OMPI (WPPT), en vue d'assurer une protection adéquate et efficace contre le contournement des mesures technologiques utilisées par les titulaires de droit d'auteur pour protéger leur œuvre. Elle fait à cette fin une distinction entre les mesures technologiques (i) qui empêchent "l'accès" sans autorisation à une œuvre protégée par le copyright (article 1201 (a)(2)) et (ii) qui empêchent la "duplication" sans autorisation d'une œuvre protégée par le copyright (article 1201 (b)(1))⁴⁰. Alors que le trafic est interdit pour les deux catégories, l'acte de contournement en lui-même n'est interdit que pour la première⁴¹.

Le Tribunal de grande instance a classé le CSS dans les mesures de contrôle d'accès (article 1201 (a)(2)) car le logiciel nécessite plusieurs clés avant de permettre la lecture d'une œuvre protégée par CSS sur DVD. L'accès à ces clés est accordé exclusivement par contrat de licence ou par l'achat d'un lecteur DVD classique ou d'un lecteur de DVD d'ordinateur contenant les clés conformément à ce type de licence. En mettant au point le DeCSS, Johansen a contourné cette mesure technologique puisque le DeCSS est capable de décrypter une œuvre codée que représente le fichier de film protégé, sans l'autorisation du titulaire du copyright (article 1201 (a)(1)(A))⁴².



Le Tribunal de grande instance a ensuite examiné si Johansen aurait pu invoquer avec succès ce que l'on a appelé l'argument Linux. Les défendeurs soutenaient que Johansen avait créé le DeCSS uniquement pour accélérer le développement d'un lecteur DVD qui fonctionnerait sous le système d'exploitation Linux (qui n'existait pas à cette époque). L'article 1201 (f) de la DMCA exonère de toute responsabilité les particuliers qui mettent au point ou utilisent une technologie de contournement exclusivement dans le but d'identifier et d'analyser les éléments du programme nécessaires pour réaliser l'interactivité des programmes informatiques au moyen de l'ingénierie inverse, sous réserve qu'ils soient habilités à utiliser un exemplaire du programme informatique à cette fin. Le DeCSS a incontestablement été mis au point et fonctionne sous Windows, si bien que les fichiers décryptés pouvaient évidemment être copiés comme n'importe quel autre fichier non protégé utilisant Linux ou Windows. En outre, le Tribunal de grande instance a estimé que le fait de forcer le CSS représentait pour Johansen une fin en soi et un moyen de démontrer son talent. Tout au plus la mise au point d'un lecteur DVD fonctionnant sous Linux aurait-elle pu constituer l'un de ses objectifs. Mais dans tous les cas pour les défendeurs, qui n'étaient pas les inventeurs du DeCSS, l'intention de favoriser l'application Linux aurait été sans importance puisque, en principe, seule la personne ayant obtenu une information par ingénierie inverse peut mettre cette information à disposition d'autrui.

Le Tribunal de grande instance a jugé que l'affichage par les défendeurs du DeCSS sur leurs sites Web était constitutif d'une violation des "dispositions anti-traffic" des articles 1201 (a)(2) et 1201 (b)(1). Bien qu'elle se soit principalement penchée sur l'alternative "accès", la Cour d'appel s'est particulièrement attachée à déterminer si la technique CSS empêchait également la duplication non autorisée. Elle a conclu que "le dossier est extrêmement imprécis sur le type de protection offert par le CSS contre la duplication d'un DVD, par opposition avec la lecture d'un DVD sur un lecteur dépourvu de licence", mais que "le programme DeCSS esquivait effectivement l'élément secret qui verrouille la duplication du fichier". En conséquence, la disposition anti-traffic qui concerne la protection contre la duplication illécite est également applicable.

Concernant l'alternative d'accès et de duplication, la législation interdit le trafic des appareils qui (i) sont essentiellement conçus ou produits à des fins de contournement, (ii) dont le but ou l'usage, autre que le contournement, ne présente qu'une importance commerciale limitée ou (iii) qui sont commercialisés pour un usage de contournement⁴³. Le Tribunal de grande instance a confirmé chacune de ces trois alternatives parce que l'offre ou la fourniture du programme est constitutive d'une conduite prohibée – et il en est ainsi, quelles que soient les raisons pour lesquelles le programme a été conçu, sauf cas d'exception prévu par la loi.

Le Tribunal de grande instance a ensuite examiné si la DMCA violerait la loi relative au copyright si elle devait être interprétée comme "éliminant" l'exception d'usage loyal codifiée à l'article 107 de la loi relative au copyright. De fait, le CSS (protégé par la DMCA) rend impossibles certains usages qui pourraient constituer des exceptions, notamment parce qu'il empêche la duplication exacte de tout ou partie du fichier numérique. Selon le Tribunal de grande instance, l'usage loyal justifie la violation du copyright (et en tant que tel il n'est expressément pas concerné selon l'article 1201 (c)(1) de la DMCA), alors que le DMCA interdit l'offre et la fourniture d'une technologie conçue pour contourner les mesures technologiques qui contrôlent l'accès aux œuvres protégées par le copyright. En outre, la DMCA interdit uniquement l'acte de contournement et non la duplication une fois l'autorisation d'accès obtenue. De plus, elle énonce en termes concrets six exceptions qui précisent la notion d'usage loyal, parmi lesquelles l'ingénierie inverse, la recherche de cryptage et le contrôle de sécurité⁴⁴. L'historique de l'élaboration de la DMCA montre que le Congrès a établi cette liste afin d'équilibrer les intérêts contradictoires et qu'il s'est délibérément abstenu d'y inclure une justification supplémentaire au titre de "l'usage loyal".

La Cour fédérale d'appel a confirmé ces conclusions, en précisant que la Cour suprême des Etats-Unis n'a jamais considéré l'usage loyal comme une exigence constitutionnelle⁴⁵. En outre, les défendeurs

n'ont jamais invoqué l'usage loyal et celui-ci n'a pas davantage été exclu par l'injonction. En principe, la duplication de matériel protégé par le CSS (par exemple en utilisant un caméscope) demeurerait possible surtout parce que l'usage loyal ne garantissait pas la meilleure méthode de duplication ni une duplication dans un format identique à celui de l'original.

Le Tribunal de grande instance devait également procéder à l'appréciation des liens vers d'autres sites Web contenant le DeCSS. Il a examiné si cela constituait une offre du DeCSS au public ou une fourniture ou encore un trafic du DeCSS au sens de l'article 1201 (a)(2) de la DMCA. Il a conclu que "le fait pour une personne de présenter, offrir ou mettre à disposition une technologie ou un appareil de contournement, en ayant connaissance de sa nature, dans le but de permettre à autrui d'en faire l'acquisition, relève de la disposition anti-traffic de la DMCA". En appliquant cette définition aux différents types de liens, le Tribunal a retenu l'approche renversée suivante : si les sites ont été reliés de manière à enclencher automatiquement le processus de téléchargement du DeCSS, le lien équivaut à un transfert du code DeCSS à l'utilisateur. Cela vaut également lorsque le lien hypertexte conduit à une page Web qui se limite essentiellement à proposer un téléchargement. Le cas ne devient discutable que si le lien aboutit sur une page qui propose "un contenu important autre que le DeCSS" en plus d'un lien hypertexte de téléchargement ou d'une page de téléchargement. Comme cette dernière alternative n'a pas été évoquée, les liens des défendeurs ont été désignés comme constituant une infraction à la DMCA. La Cour fédérale d'appel a confirmé cette conclusion.

Dimension constitutionnelle

Les agissements de Bunner et Corley ont également été examinés au regard de leur dimension constitutionnelle alléguée. Les deux cours d'appel reconnaissent en principe que le DeCSS lui-même est protégé par le premier amendement. Mais elles divergent sur la détermination du degré de protection requis et, en rapport avec ce point, sur la question de savoir si la protection de la libre expression s'applique, ou non, aux liens vers d'autres sites Web proposant le DeCSS.

Les cours d'appel devaient déterminer, dans une première étape essentielle, si les injonctions fondées respectivement sur la DMCA et la loi relative au secret commercial constituaient des limites inconstitutionnelles à "l'expression" du DeCSS. Une loi peut en principe imposer des restrictions à la liberté d'expression, mais uniquement sous certaines conditions. Celles-ci sont définies par le type d'expression en question et par le degré de contrôle retenu pour l'appréciation des buts et des moyens de cette restriction.

Les deux cours d'appel ont estimé que le DeCSS peut être qualifié d'expression puisqu'il véhicule une information, en l'occurrence le code du logiciel. La Cour d'appel de Californie a même expressément déclaré qu'il importe peu que le défendeur n'ait réalisé qu'une réédition du DeCSS et qu'il n'en soit pas l'auteur original. De plus, les deux juridictions reconnaissent que le DeCSS contient également un élément "fonctionnel" qui ne peut être apparenté à l'expression. A partir de là cependant, leur opinion et leur raisonnement divergent.

La Cour d'appel de Californie a réduit l'élément d'expression au seul "code source", qu'elle qualifie de langage de communication préféré entre programmeurs et, en tant que tel, de "pure expression". Elle insinue que l'autre fonction du code source, c'est-à-dire la création de codes objets, est dépourvue de cette qualité parce qu'elle ne génère aucune idée. Néanmoins, et en dépit de la valeur sociale discutable du DeCSS, elle a conclu que l'interdiction faite à Bunner de divulguer le DeCSS en format code source constituait une interdiction de pure expression.

La Cour d'appel de Californie a également refusé d'appliquer les jurisprudences antérieures qui ont confirmé les injonctions ordonnées à l'encontre des détournements du secret commercial, parce que dans ces affaires les accords volontaires de ne pas divulguer un secret commercial étaient synonymes de renonciation à la protection du premier amendement. Dans l'affaire Bunner au contraire, la loi elle-même, et non une obligation contractuelle de non-divulgaration, a été utilisée pour écarter la protection constitutionnelle. Les précédents en matière de copyright ne peuvent pas non plus être invoqués, parce



que la loi relative au secret commercial est dépourvue du fondement constitutionnel de la loi relative au copyright.

La Cour d'appel de Californie a conclu que l'interdiction de divulgation du code source du DeCSS est constitutive d'une entrave directe à la pure expression, puisqu'elle entre en action avant même que la communication n'ait lieu. Elle a souligné la jurisprudence étatique et fédérale qui condamne les entraves directes et les proscriit en raison de leur inconstitutionnalité présumée. Une entrave directe ne pourrait être confirmée que si l'intérêt protégé présentait un caractère plus essentiel que le premier amendement lui-même. Selon la Cour d'appel de Californie, cela n'a jamais été le cas et ce n'est pas le cas de l'affaire Bunner.

La Cour fédérale d'appel, au contraire, considère le DeCSS comme un mélange d'expression et d'élément fonctionnel qui est la conséquence de son utilisation, que le DeCSS soit présenté sous forme de code source ou de code objet. Elle souligne qu'il suffit de cliquer à l'aide d'une souris pour lancer le mécanisme du DeCSS, qui décrypte automatiquement un fichier vidéo codé. Elle estime que les dispositions de la DMCA, sur lesquelles se fonde l'interdiction de l'utilisation et de la diffusion du DeCSS, concernent l'élément neutre du point de vue du contenu qui ne constitue pas une expression. Leur fin est sans rapport avec le contenu de l'expression, alors même qu'elles pourraient avoir une incidence sur certains interlocuteurs ou messages.

Les critères de contrôle d'une réglementation neutre du point de vue du contenu sont les suivants : cette réglementation (i) doit aller dans le sens d'un intérêt général substantiel, (ii) être sans rapport avec la suppression de la liberté d'information et (iii) être strictement limitée de manière à ne pas entraver l'expression d'une façon disproportionnée par rapport à ce que réclame le service de cet intérêt général⁴⁶. La Cour fédérale d'appel a affirmé que le fait d'empêcher l'accès non autorisé à du matériel crypté protégé par le copyright représentait un intérêt substantiel, servi par l'interdiction. Elle a fait remarquer à titre accessoire que le Congrès pouvait réglementer les appareils de sécurité et que dans le cas du CSS seul le type de communication était différent, mais pas le but de la réglementation. Elle a également confirmé la conformité avec le troisième et le second critère de contrôle de la réglementation. Le Tribunal de grande instance, notamment, n'avait pas l'obligation d'employer les moyens les moins restrictifs, mais seulement d'éviter de porter atteinte à l'expression de manière disproportionnée. Une intéressante note de bas de page (numéro 29) de la décision laisse entendre que ce dernier point pourrait faire l'objet d'une nouvelle appréciation si la technologie future donnait naissance à des appareils permettant la duplication unique, mais interdisant la duplication en série.

La Cour fédérale d'appel considère, tout comme le Tribunal de grande instance, que les liens hypertexte constituent également une expression et elle souligne leur nature d'expression mixte. Un lien hypertexte véhicule l'adresse Internet du site Web relié (c'est-à-dire une information) et sert en même temps à connecter effectivement l'écran d'ordinateur de l'utilisateur à cette adresse (ce qui représente l'aspect fonctionnel). La DMCA a également satisfait aux critères de contrôle d'une réglementation neutre du point de vue du contenu, dans la mesure où ceux-là autorisent l'interdiction des liens hypertexte.

La Cour fédérale d'appel reconnaît que l'interdiction des liens est susceptible de porter atteinte à la libre expression. Ainsi par exemple, les opérateurs de sites Web qui redoutent la possible présentation du DeCSS par un autre site Web pourraient ne pas établir de lien hypertexte vers ce site Web, ce qui aurait comme conséquence l'inaccessibilité aux autres informations figurant sur ce site. Néanmoins, la Cour a estimé que le critère d'ajustement étroit du test de contrôle était respecté. Elle a notamment rejeté l'exigence d'intention préjudiciable ou d'application des éléments permettant l'interdiction faite à la presse. De plus, elle n'a pas repris la norme plus stricte proposée par le Tribunal de grande instance. Elle a conclu au contraire qu'il fallait choisir entre porter atteinte à certaines communications et tolérer le décryptage, mais qu'il s'agissait d'une décision politique, relevant de la compétence du Congrès. En adoptant la DMCA, le Congrès s'était pourtant prononcé en faveur de la protection du cryptage.

Conclusion

La jurisprudence relative aux systèmes *peer to peer* illustre le fait que l'innovation, dans le domaine des logiciels et de la technologie utilisés pour l'échange des fichiers numériques sur Internet, est liée à des notions juridiques visant à combattre la piraterie à l'égard du droit d'auteur. Les créateurs de logiciels ont tenté de placer l'échange en ligne de fichiers audio et audiovisuels en marge du contrôle légal, en concevant des systèmes tels que Napster et Grokster. L'industrie audiovisuelle, soucieuse de reprendre le contrôle des œuvres protégées par le droit d'auteur, a contre-attaqué en créant le CSS pour pallier une protection juridique supposée incomplète. La réponse des programmeurs de logiciels ne tarda pas avec la mise au point du DeCSS et l'armistice n'est pas encore en vue. En conséquence, des parties supplémentaires (les créateurs du CSS et du DeCSS) ont alimenté les litiges qui entourent les films en ligne.

De nouveaux instruments juridiques ont également été introduits. Les parties contractantes de l'OMPI ont pris l'engagement de renforcer la situation juridique des titulaires de droit d'auteur en assurant une protection adaptée aux mesures technologiques. Les dispositions pertinentes de la DMCA ont déjà été examinées. La contrepartie européenne, le chapitre III de la Directive, oblige les Etats membres à fournir une protection légale adéquate contre le contournement des mesures technologiques et la fabrication ou le trafic de ces outils de contournement (article 6). Les éléments objectifs et subjectifs qui doivent être couverts par la législation correspondent en grande partie à ceux stipulés par le droit américain, ce qui justifie pleinement le contrôle étroit des litiges relatifs au DeCSS.

Si les litiges relatifs au DeCSS devaient émerger en Europe, ils présenteraient une spécificité toute particulière. Cette situation sera inévitable, puisque les instruments de l'OMPI devaient consolider les intérêts de toutes les parties contractantes et ont été de ce fait rédigés en des termes très généraux. De plus, la Directive elle-même tente d'harmoniser les législations nationales. C'est en particulier le cas de l'article 6, alinéa 4, qui fixe sept limites aux droits d'auteur qui, si elles sont admises par un Etat membre, doivent demeurer accessibles aux bénéficiaires⁴⁷. A la différence de la DMCA, cette règle obligatoire s'applique exclusivement à l'acte de contournement et laisse intacte la protection contre le trafic des appareils d'accès ou de contrôle⁴⁸. La Directive laisse aux législateurs nationaux la possibilité d'autoriser certaines formes d'usage privé. Aux Etats-Unis au contraire, la détermination ultérieure de l'usage loyal relève des tribunaux.

L'exception d'usage privé/loyal est probablement l'outil le plus significatif pour équilibrer les intérêts qui sous-tendent le présent litige : c'est-à-dire ceux du titulaire du droit d'auteur et ceux du public, sous la forme de quelques usages exonérés du respect du droit d'auteur. L'intérêt du public est particulièrement important lorsqu'il jouxte la liberté de parole et d'expression – un fondement reconnu de la démocratie. Koelman a soutenu que "le droit d'auteur constitue une forme de la politique d'information, qui sert l'intérêt général que représente la maximisation de la mise à disposition des produits d'information en accordant, d'une part, un droit exclusif et de ce fait une incitation à la création et en limitant, d'autre part, la portée du monopole que prévoit le droit d'auteur, afin de garantir que l'information sera pleinement disponible et utilisable". Il conclut alors que "les mesures de protection technologiques étendent le contrôle des titulaires des droits et peuvent rompre l'équilibre"⁴⁹. Pourtant, selon les titulaires de droits, le déséquilibre a déjà été provoqué par la duplication non autorisée des œuvres audiovisuelles.

Le combat pour un "juste" équilibre se poursuit. Aux Etats-Unis, la *Consumer Broadband and Digital Television Act* (loi relative au haut débit et à la télévision numérique grand public) de 2002 vient d'être déposée devant le Sénat américain. Cette loi obligera les industriels à s'accorder sur un système de protection contre la duplication, qui sera scellé dans tous les appareils des médias numériques (à la fois pour les matériels et les logiciels)⁵⁰. Le système doit empêcher la duplication sans autorisation, tout en permettant les usages légitimes. Alors qu'il reste à adopter cette loi, le test ultime de son succès est déjà gravé dans la pierre. Il s'agit simplement de savoir si cette loi est en mesure de rendre superflue la prochaine génération d'appareils de contournement.

- 1) Ainsi par exemple, la reproduction de vidéos DVD dans le monde est passée de 194 millions d'exemplaires pour l'année 1999 à 474 millions en 2000 et 905 millions en 2001. Voir l'Annuaire statistique 2001 de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, page 125.
- 2) Susanne Nikoltchev & Francisco Javier Cabrera Blázquez, "MP3 : usage loyal ou déloyal", dans IRIS Focus : Le droit d'auteur à l'heure du numérique, disponible sur http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/focus8_2000
- 3) Le MP3 est un format de fichier de compression audio pour les enregistrements sonores numériques.
- 4) Une illustration récente de cette question est donnée par Movie88.com, un site Web offrant par *streaming* (flux video) une gamme complète de films protégés par le droit d'auteur au prix de 1 USD pour trois jours de visionnage. Le fournisseur de service Internet a depuis fermé son site Web.
- 5) Le système Gnutella est décrit dans l'article consacré au MP3, au paragraphe E.
- 6) L'industrie du disque n'a réalisé que récemment des CD protégés contre la duplication. Ces CD fonctionnent sur la plupart des lecteurs CD standards, mais pas sur les CD ROM des ordinateurs.
- 7) Voir, à titre d'exemple, l'article consacré au MP3, aux paragraphes A et B.
- 8) UMG Recordings, Inc. et al. v. MP3.Com, Inc., affaire 00 civ. 0472 (S.D.N.Y. 2000). Une version non officielle de l'arrêt du 6 septembre 2000 est disponible sur : http://news.findlaw.com/cnn/docs/mp3/0906_mp3_unofruiling.html
- 9) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9^e cir. 2001), du 12 février 2001, disponible sur : <http://www.ce9.uscourts.gov/web/newopinions.nsf/4bc2cbe0ce5be94e88256927007a37b9/c4f204f69c2538f6882569f100616b06?OpenDocument> Pour un résumé de la décision, voir IRIS 2001-4 : 13.
- 10) Dans l'affaire Napster, la Cour d'appel soutenait que les utilisateurs de Napster qui téléchargeaient les fichiers violaient respectivement le droit de distribution et le droit de reproduction (17 U.S.C. § 106, respectivement (1) et (3)).
- 11) Tribunal de première instance d'Anvers, affaire IFPI Belgium c. Werner Guido Beckers (ARK n° 99/594/C), ordonnance du 21 décembre 1999.
- 12) Voir l'affaire Napster, *ibid.*, VII. C. Cet argument d'une utilisation abusive du copyright avait été rejeté au moment de la procédure de référé, au motif qu'il ne pouvait valablement être opposé dans le cadre d'une ordonnance de référé. Dans l'intervalle, le tribunal de grande instance a ordonné un complément d'enquête pour déterminer si les demandeurs avaient fait un usage abusif de leurs copyrights en vue de monopoliser le marché de la distribution numérique. L'ordonnance, datée du 21 février 2002, est disponible sur : <http://www.cand.uscourts.gov/cand/tentrulr.nsf/4f9d4c4a03b0cf70882567980073b2e4/31e0b537993cd73288256b6800673c73?OpenDocument>
- 13) Voir l'historique du discours sur cette question, avec des références supplémentaires, par Hermann Cohen Jehoram, *Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht*, in GRUR Int 2001, p. 807.
- 14) Directive du Parlement européen et du Conseil 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167 du 22 juin 2001, p. 10-19. <http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&COLLECTION=oj&SERVICE=eurllex&LANGUAGE=fr&DOCID=20011167p0010>
- 15) Pour l'historique de cette législation et une description détaillée de l'article 5, voir Jörg Rheinbothe, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR Int 2001, p. 733 (739-740).
- 16) Rheinbothe, *ibid.*, p. 739.
- 17) Ces deux doctrines sont examinées plus loin dans le cadre de l'affaire MGM c. Grokster.
- 18) Pub. L. n° 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).
- 19) Voir le considérant 25 de la Directive.
- 20) *United States District Court Central District of California, Western Division Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, affaire n° CV 01-08541 Swv (Rnbx). Tous les documents juridictionnels relatifs à cette affaire sont disponibles sur : http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/
- 21) Le 4 mars, le Tribunal fédéral de grande instance a rejeté la demande d'ordonnance partielle de référé du défendeur au motif qu'elle était prématurée. Le compte-rendu d'audience est disponible sur : http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20020304_mgm_hearing_transcript.html. Dans une affaire sans rapport avec celle-ci, le Tribunal de grande instance d'Amsterdam a ordonné le 29 novembre 2001 à Kazaa de prendre des mesures pour mettre un terme à la violation du droit d'auteur du fait de fichiers musicaux présents sans autorisation sur son réseau. Voir IRIS 2002-1 : 13. Ce jugement a été infirmé en appel le 28 mars 2002. Voir http://story.news.yahoo.com/news?tmpl=story&cid=581&u=/nm/20020328/tc_nm/tech_entertainment_dc_2
- 22) Le 4 mars 2002, cette plainte a été renforcée par une plainte similaire déposée par des auteurs compositeurs et des éditeurs de musique à l'encontre des mêmes défendeurs. Tous les documents juridictionnels relatifs à celle-ci sont disponibles sur : http://www.eff.org/IP/P2P/NMPA_v_MusicCity/
- 23) Voir *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2^e Cir. 1971).
- 24) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984), du 17 janvier 1984, disponible sur : http://www.eff.org/Legal/Cases/sony_v_universal_decision.html
- 25) Voir *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*
- 26) La Cour d'appel cite ici la jurisprudence *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9^e Cir. 1996) disponible sur : http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/76_F3d_259.htm
- 27) Fred von Lohmann, *Sharing and Copyright Law after Napster*, disponible sur : http://www.eff.org/IP/P2P/Napster/20010227_p2p_copyright_white_paper.html
- 28) Pour plus d'information, voir http://www.eff.org/IP/Video/DeCSS_prosecutions/Johansen_DeCSS_case/20020110_eff_pr.html
- 29) Loi du 22 mai 1902 n° 10, amendée par les lois du 16 février 1979 n° 3 et du 12 juin 1987 n° 54.
- 30) Pour cette traduction et la version originale, voir la déclaration de Jon Bing du 18 janvier 2000 sur http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case/20000118_bing_norway_law_decl.html
- 31) Voir la traduction anglaise de la lettre de leur avocat adressée à l'ØKOKRIM sur : http://www.eff.org/IP/DeCSS_prosecutions/Johansen_DeCSS_case/20000104_dvdcca_no_prosecutor_letter.en.html
- 32) Pour de plus amples détails sur les questions juridiques à venir, voir la déclaration de Jon Bing ; note 30).
- 33) *Santa Clara County Superior Court*, ordonnance d'injonction provisoire prononcée à l'encontre des défendeurs en faveur des demandeurs dans l'affaire DVDCCA c. McLaughlin, Bunner et autres, disponible sur : http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case/20000120-pi-order.html
- 34) *Court of Appeal of the State of California Sixth Appellate District*, annulation de l'injonction prononcée à l'encontre du DeCSS dans l'affaire DVDCCA c. Bunner, disponible sur http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case/20011101_bunner_appellate_decision.pdf
- 35) Voir Newsbytes.com sur <http://www.newsbytes.com/news/02/174688.html>
- 36) *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 346 (S.D.N.Y. 2000).
- 37) *United States Court of Appeals for the Second Circuit, Docket n° 00-9185*. *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*
- 38) Le code source est le texte d'un programme informatique écrit dans un langage de programmation. Pour être compris par l'ordinateur, ce code doit être traduit en chaînes de 1 et 0 "lisibles" par l'appareil, que l'on appelle le code objet.
- 39) La loi est disponible sur <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=03001-04000&file=3426-3426.11>
- 40) Voir le résumé de l'Office fédéral américain du copyright (*US Copyright Office Summary*), *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, décembre 1998, à la page 4 et suiv.
- 41) Voir l'article 1201 (a)(1)(A).
- 42) Pour la définition du contournement, voir l'article 1201 (a)(3).
- 43) Voir l'article 1201 (a)(2) et l'article 1201 (b)(1).
- 44) Le Tribunal a refusé d'admettre que l'affichage du DeCSS pouvait être considéré, et donc justifié, comme une recherche de cryptage ou un contrôle de sécurité. Pour les autres exceptions voir l'article 1201 (d) à (j).
- 45) La Cour d'appel de Californie, au contraire, bien qu'elle ne soit pas concernée par les copyrights mais par les secrets commerciaux, a souligné que la doctrine de l'usage loyal a servi à confirmer des injonctions dans des affaires relatives à la violation du copyright au vu de ses conséquences sur le premier amendement et, dans ce contexte, que l'article 1, paragraphe 8, alinéa 8 de la Constitution américaine donne autorité constitutionnelle à la loi relative au copyright.
- 46) *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 662 (1994) citant *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 799 (1989).
- 47) Ces exceptions sont les reprographiques, les institutions et archives publiques, les enregistrements éphémères, les institutions sociales non-commerciales, l'enseignement et la recherche, l'utilisation par les personnes handicapées, ainsi que la sécurité publique et les poursuites publiques.
- 48) Les exceptions prévues par la DMCA s'appliquent selon la distinction établie entre le contrôle de "l'accès" ou le contrôle de la "duplication". La plupart d'entre elles s'appliquent également à l'interdiction du trafic. Pour plus de détails, voir l'article 1201 (d) à (j) de la DMCA.
- 49) Voir Kamil J. Koelman, *A hard Nut to Crack : The Protection of Technological Measures*, EIPR 2000, pages 272-280 (279)
- 50) Le projet de loi est disponible sur <http://www.politechbot.com/docs/cbdtpa/hollings.s2048.032102.html>