

HOLLYWOOD C/ HIGH TECH

Le choc des titans devant la Cour Suprême des Etats-Unis

François-Henri BRIARD

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
Membre de la Société Historique de la Cour Suprême
des Etats-Unis d'Amérique
Président de l'Institut Vergennes

Si le conflit entre l'innovation technologique et le droit d'auteur préoccupe à juste titre aujourd'hui de nombreux juristes dans le monde, le droit américain n'est pas moins mobilisé sur cette question difficile, à laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis vient d'apporter une réponse essentielle dans l'affaire METRO-GOLDWIN-MAYER STUDIOS INC., ET ALIA., PETITIONERS v. GROKSTER, LTD ET ALIA. jugée le 27 juin 2005.

Une fois encore, le regard porté sur le cheminement emprunté Outre-Atlantique dans un contentieux d'une ampleur exceptionnelle par sa nature et ses enjeux se révèle porteur de réflexion pour l'Europe, la communication électronique mondiale constituant sans doute le plus grand défi jamais survenu dans l'histoire de la propriété intellectuelle¹.

Depuis quelques années, le développement d'Internet a conduit certains opérateurs économiques à concevoir et distribuer des logiciels de partage de fichiers à grande échelle rendant possibles des téléchargements irréguliers au regard de la protection du droit d'auteur. La société américaine NAPSTER a fait l'objet à cet égard d'un procès retentissant aux Etats-Unis, qui s'est achevé en sa défaveur et qui l'a conduite à abandonner ce produit². Dans cette affaire, qui constituait une « première » du genre, la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit a condamné la distribution d'un logiciel de téléchargement gratuit permettant le partage de fichiers musicaux de type « MP3 »³, 87% de ces fichiers circulant en violation du droit d'auteur. La Cour a notamment relevé la connaissance réelle par NAPSTER de cet usage et le fait que celle-ci avait malgré tout promu la diffusion de matériel technique permettant de réaliser des téléchargements illégaux. Ultérieurement, deux sociétés dénommées GROKSTER⁴, Ltd. et STREAMCAST NETWORKS, Inc se sont efforcées de reprendre ce marché particulièrement lucratif sous une forme différente, mettant à profit les technologies « *peer to peer* » (poste à poste), « *FastTrack* » et « *Gnutella* » : par la diffusion d'un logiciel gratuit et disponible sur Internet⁵, les clients de ces sociétés sont désormais en mesure de partager directement des fichiers entre leurs propres ordinateurs, sans avoir recours à un serveur central nécessitant une large bande passante et un espace coûteux de stockage. Dès lors que le logiciel est installé, son utilisateur peut adresser une demande directement auprès des autres ordinateurs mettant en œuvre des logiciels compatibles avec « *FastTrack* » et « *Gnutella* ». Cette demande est pour GROKSTER dirigée vers un index⁶ qui indiquera lui-même, ou en se référant à d'autres index, le lieu de téléchargement du ou des fichiers recherchés ; dans le cas de STREAMCAST, ce lieu sera identifié par les autres ordinateurs eux-mêmes, au moyen d'index individuels. Ce procédé efficace et peu onéreux, qui présente aussi l'avantage d'éliminer les risques liés aux incidents de serveur⁷, a connu un fort succès non seulement

auprès des particuliers mais aussi au sein des universités, bibliothèques et agences administratives américaines⁸ ; il est de nature à générer d'importantes recettes publicitaires pour ses exploitants.

Tout serait donc parfait si le dispositif n'avait pas une incidence majeure : l'atteinte portée au droit d'auteur par les téléchargements illégaux qu'il rend possibles, notamment en matière d'enregistrements musicaux et vidéo, présents en grand nombre sur Internet. En effet, plus de cent millions de copies de ces logiciels ont été téléchargées dans le monde et le taux de fichiers « *piratés* » - chiffre débattu devant la Cour- semble atteindre 90% du total des téléchargements⁹, qui concernent eux-même sur les réseaux « *FastTrack* » et « *Gnutella* » plusieurs milliards de fichiers par mois¹⁰. L'ampleur de cette situation, « *stupéfiante* » selon Justice SOUTER et source d'un préjudice annuel qui pourrait être de 2 milliards de Dollars US pour la seule industrie du disque¹¹, a conduit un groupe d'industriels américains du cinéma, de la musique et des médias, d'auteurs et d'éditeurs (METRO-GOLDWYN-MAYER et autres), tous détenteurs de droits d'auteur, à rechercher la responsabilité de GROKSTER et STREAMCAST, en soutenant que ces sociétés avaient délibérément et intentionnellement commercialisé ces logiciels en vue de permettre à leurs usagers de reproduire et distribuer irrégulièrement des œuvres protégées, bâtissant leur développement économique sur le téléchargement illégal. Les défenseurs ont immédiatement reconnu l'existence de violations possibles des droits d'auteur par les usagers de ces logiciels, même si en l'absence de serveurs centraux, une telle connaissance leur était difficile. Mais ils ont essentiellement fait valoir que leur responsabilité indirecte ne pouvait se trouver engagée au titre de logiciels dont la mise en oeuvre n'appartenait qu'à leurs utilisateurs et qui pouvaient faire l'objet d'un usage parfaitement régulier. Ils ont en outre souligné que de nombreux titulaires de droits d'auteur avaient autorisé les téléchargements et que les logiciels litigieux servaient aussi à accéder à des informations publiques. Enfin, ils ont soutenu que les logiciels étaient des outils de communication autonomes, sans le moindre « *chaperonnage* » de GROKSTER et STREAMCAST, qui n'intervenaient jamais dans la centralisation des informations.

La juridiction de première instance a clairement reconnu la violation des droits d'auteur par les utilisateurs directs des logiciels qui téléchargeaient irrégulièrement des œuvres protégées ; mais elle a écarté toute responsabilité « *indirecte* » de GROKSTER et STREAMCAST, en estimant que ces distributeurs ne pouvaient avoir une connaissance spécifique de ces infractions individuelles.

La Cour d'appel du 9^{ème} Circuit¹² a confirmé cette analyse en retenant une lecture large de la jurisprudence de la Cour Suprême¹³, intervenue voici plus de vingt ans à propos du lecteur-enregistreur de cassettes vidéo « *Betamax* » commercialisé par la firme japonaise SONY. Elle a pour l'essentiel jugé que la responsabilité du distributeur d'un produit commercial susceptible de faire l'objet d'un usage régulier significatif ne saurait être engagée au titre d'usages irréguliers, hors le cas où ce distributeur a une connaissance réelle de circonstances spécifiques d'infraction et s'est abstenu d'agir de façon appropriée.

GROKSTER et STREAMCAST n'intervenant pas dans les recherches, les téléchargements et les stockages de leurs clients, ne pouvant avoir connaissance en temps utile de situations illicites en raison de la nature décentralisée de leurs réseaux et leurs logiciels pouvant parfaitement faire l'objet d'un usage licite par le téléchargement de fichiers non protégés ou autorisés, leur responsabilité ne pouvait selon la Cour d'appel se trouver engagée.

Les requérants ont alors saisi la Cour Suprême fédérale par une demande de « *writ of certiorari* »¹⁴. La Cour Suprême a admis cette requête en raison de son intérêt majeur et à l'issue d'une audience animée qui s'est tenue le 29 mars 2005, a annulé en toutes ses dispositions la décision d'appel, renvoyant le litige devant les juges du fond¹⁵.

Attendue avec impatience par des secteurs économiques dominants aux Etats-Unis (musique, cinéma, audiovisuel et nouvelles technologies) et abondamment commentée dès sa lecture¹⁶, l'opinion de la Cour Suprême – d'une dimension raisonnable de 24 pages - a immédiatement connu un retentissement considérable.

En effet, la Cour a n'a pas seulement clarifié le point d'équilibre entre l'innovation technologique et la protection du droit d'auteur (**I.**); elle a aussi dégagé en matière de « *copyright* » une nouvelle théorie de « l'incitation » (*inducement*) qui suscite toutefois quelques interrogations (**II.**).

Innovation, responsabilité indirecte et droit d'auteur : la recherche de l'équilibre

Ainsi que le relève d'emblée la Cour dans son opinion, le débat central de ce type d'affaire est bien celui du conflit entre deux valeurs : le soutien à la créativité protégée par le droit d'auteur et l'encouragement de l'innovation dans le domaine des nouvelles technologies de communication¹⁷. La tâche de régulation du juge était d'autant plus urgente et essentielle que jamais dans l'histoire du droit d'auteur, celui-ci n'avait sans doute été menacé aussi massivement, eu égard à la facilité des téléchargements ainsi qu'à leur caractère planétaire et gratuit.

Mais précisément, comment trouver cet équilibre lorsque la poursuite individuelle des millions d'utilisateurs qui utilisent un logiciel de partage de fichiers en violation du droit d'auteur se révèle impossible dans la pratique, sinon en déplaçant le débat du terrain d'une responsabilité primaire et directe de l'utilisateur¹⁸ à celui d'une responsabilité secondaire et indirecte du distributeur¹⁹.

A la différence du « *Patent Act* » applicable en matière de brevets²⁰, le droit écrit américain n'aménage pas un régime spécifique de responsabilité secondaire fondé sur la contribution ou le soutien indirect en matière de « *copyright* ». Ce sont les principes de la *Common Law* qui ont rendu possible une telle recherche de responsabilité dans des situations où un tiers se rend coupable, soit de provoquer intentionnellement la violation ou de l'encourager directement, soit de bénéficier de ce comportement illégal en refusant dans le même temps d'y mettre fin²¹.

Parmi tous les précédents jurisprudentiels mis en œuvre dans l'affaire GROKSTER, c'est la jurisprudence SONY²² qui a surtout retenu l'attention de la Cour et de plusieurs de ses membres. Dans cette affaire jugée en 1984, le magnétoscope enregistreur et lecteur de vidéocassettes de type Betamax était en cause au regard du droit d'auteur. Après avoir souligné que la ligne de partage entre responsabilité directe et responsabilité indirecte n'était pas clairement délimitée, la Cour n'avait pas trouvé dans le comportement de SONY, qui n'avait aucun contact avec l'utilisateur après l'acquisition de l'appareil, d'éléments caractérisant une quelconque intention de favoriser des violations du droit d'auteur ou de bénéficier de

celles-ci, le produit étant essentiellement destiné à différer le visionnage par les usagers de programmes à des périodes de temps décalées par rapport à leur diffusion²³. En cohérence avec sa jurisprudence en matière de brevets, et dans le souci de préserver à la fois l'innovation et le commerce, la Cour avait à l'époque jugé que la commercialisation d'un appareil susceptible d'un double usage – légal et illégal – ne saurait en soi suffire à engager la responsabilité indirecte du distributeur²⁴. Seul le cas extrême où ce produit est essentiellement destiné à des comportements irréguliers (absence d'usage licite significatif sur un plan commercial) peut déclencher un tel régime de responsabilité.

Même si l'opinion rédigée par Justice SOUTER relève qu'il n'y a pas lieu de reconsidérer de tels principes, il demeure que la jurisprudence SONY constitue un filigrane permanent de l'affaire GROKSTER, qui a contribué à sa clarification. Fondement de l'arrêt d'appel censuré par la Cour Suprême, cette décision de 1984 a donné lieu en 2005 à un débat intéressant - mais relativement périphérique au regard de la solution en définitive retenue - entre les Justices Ginsburg et Breyer, dont les opinions convergentes sont selon l'usage annexées à la décision de la Cour.

Selon Justice Ginsburg, rejointe par le Chief Justice Rehnquist et Justice Kennedy, la Cour d'appel se serait égarée par des motifs dubitatifs en appliquant la jurisprudence SONY dans une situation où les défendeurs ne démontreraient pas par des preuves suffisantes une perspective raisonnable d'activité au moyen d'utilisations licites des logiciels, en réalité voués de façon écrasante à des usages illicites. En quelque sorte, ce précédent jurisprudentiel et les principes qu'il énonce auraient suffi à condamner les sociétés GROKSTER et STREAMCAST .

Après avoir manifesté son accord avec le souci de la Cour de sanctionner les activités d'un distributeur qui promeut les violations du droit d'auteur, Justice Breyer s'est clairement démarqué du point de vue de Justice Ginsburg par une opinion de 18 pages, nourrie de raisonnement juridique et de références multiples. Selon cet éminent membre de la Cour²⁵, les seuls critères de la jurisprudence SONY, destinée à protéger le développement de la technologie, étaient en réalité remplis par Grokster et Streamcast, les logiciels conçus par ces derniers donnant lieu, selon l'instruction, à des téléchargements licites dans une proportion de l'ordre de 10% (contre 9% pour les enregistrements licites du magnétoscope Betamax en 1984...) et le partage licite de fichiers étant de surcroît appelé à se développer. A partir de ce constat, Justice Breyer s'est alors attaché à démontrer que la véritable question était de savoir s'il y avait lieu de modifier les critères de la jurisprudence SONY ou bien s'il convenait plutôt d'en faire une application plus stricte. Selon lui, la jurisprudence SONY aurait plutôt bien fonctionné, aurait atteint sa finalité de protection du développement des technologies, se serait bien adaptée à l'évolution des techniques et offrirait aux juges des instruments pertinents d'appréciation, sans avoir à trancher des débats techniques qui ne relèvent pas de sa compétence. Mais selon lui, modifier les critères en vigueur ou en faire une application trop stricte, notamment en exigeant des preuves précises et tangibles de l'usage régulier des produits (« *produit susceptible de faire l'objet d'usages licites dans des proportions significatives sur un plan commercial* »), pourrait conduire à créer un climat d'insécurité juridique préjudiciable à l'essor harmonieux des technologies, notamment pendant les périodes les plus sensibles de leur développement²⁶. Et les gains attachés à une meilleure protection du droit d'auteur par de telles exigences ne seraient pas nécessairement supérieurs aux pertes technologiques subies de ce fait. Il y a donc lieu, selon Justice Breyer, de laisser inchangée la jurisprudence SONY, sous réserve d'une éventuelle réforme législative.

Ces digressions intéressantes mais individuelles ne doivent pas occulter la position en définitive adoptée par la Cour : les principes de la « règle SONY », qu'il n'y a pas lieu de modifier, n'ont pas été correctement compris et appliqués par la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit. Celle-ci a cru pouvoir écarter toute responsabilité des distributeurs de logiciels en relevant seulement que ceux-ci pouvaient faire l'objet d'un usage licite, sans s'interroger sur la mesure de cet usage et se référant à tort à une absence de connaissance d'usages irréguliers spécifiques. Surtout, la Cour d'appel a vu dans la jurisprudence SONY un bouclier absolu alors qu'il ne s'agit que d'une protection des *doubles usages*, qui ne peut couvrir les actes d'opérateurs qui incitent à des actes illicites. Cette erreur de droit justifiait à elle seule l'annulation prononcée par la juridiction suprême, celle-ci laissant toutefois volontairement ouverte pour l'avenir - et sans doute laissée à l'appréciation des juges du fond - la question de la quantification de l'usage régulier de l'appareil en cause (10%, 9%, 15% ?).

Cette appréciation étant formulée, la Cour Suprême est allée au-delà et, sans avoir recours au *stare decisis*²⁷, a mis en œuvre en matière de droit d'auteur une approche novatrice et rigoureuse fondée sur la théorie de l'incitation.

Incitation à l'usage illicite et modèle économique : l'inévitable sanction

Percevant la nécessité d'apporter une réponse juridictionnelle adaptée aux comportements économiques qui se trouvaient à l'origine du litige, la Cour Suprême a choisi une voie réaliste et pragmatique pour dépasser l'horizon de la jurisprudence SONY ; cette démarche l'a *in fine* conduite à condamner sévèrement les pratiques des sociétés GROKSTER et STREAMCAST par une solution dotée d'un fort contenu moral mais qui suscite toutefois des interrogations.

En droit américain des brevets, la responsabilité d'un tiers qui incite à la violation des droits de propriété intellectuelle est expressément reconnue par la loi²⁸ Elle fait aussi l'objet d'une jurisprudence ancienne et établie, citée par la Cour dans son opinion, qui sanctionne les initiatives notamment publicitaires incitant manifestement et délibérément à des pratiques irrégulières. Dans cette hypothèse - parfois qualifiée d' « *immorale* » par la jurisprudence -, la règle de l'irresponsabilité du fait de la distribution d'un produit susceptible de faire l'objet d'un usage licite cède le pas devant l'incitation coupable émanant du distributeur²⁹.

Après avoir souligné que rien dans la jurisprudence SONY précitée ne lui impose d'ignorer l'existence d'une intention coupable – si la preuve en est rapportée – et d'écarter un régime de responsabilité fondé sur la faute si des déclarations ou des initiatives caractérisent, au-delà du produit lui-même ou de son usage, l'intention de promouvoir des usages illicites au regard du droit d'auteur, la Cour énonce le principe suivant : « *celui qui distribue un appareil dans le souci de promouvoir un usage destiné à violer le droit d'auteur, dans des conditions clairement exprimées ou par tout autre moyen destiné à encourager cette atteinte, est responsable au titre des actes irréguliers commis par autrui et qui en sont la conséquence* ».

A l'issue de cette affirmation de principe, la Cour a immédiatement rappelé sa volonté de préserver la vie des affaires si elle se déroule dans un cadre licite ainsi que le développement des technologies à double usage (régulier et irrégulier), la jurisprudence SONY étant précisément destinée à s'appliquer aux situations dans lesquelles l'existence d'une incitation volontaire à un usage irrégulier n'est pas démontrée³⁰.

La règle « GROKSTER » doit donc être cantonnée, selon la Cour, à l'hypothèse déjà citée de la seule incitation, régime de responsabilité entièrement fondée sur une expression et un comportement délibérément coupables, la charge de la preuve semblant devoir reposer sur les plaignants³¹.

Cette approche a alors permis à la Cour Suprême, qui avait précédemment consacré quatre pages de son opinion à l'analyse des principaux éléments de preuve issus de la procédure de « *discovery* » (cf. note infra n° 9), de procéder elle-même à l'appréciation du comportement intentionnel des sociétés GROKSTER et STREAMCAST, se livrant ainsi à une vaste opération de qualification des faits qui lui étaient soumis, essentiellement sur le fondement des éléments présentés par les requérants et débattus dans le cadre de l'instruction écrite.

Après avoir relevé que l'incitation est généralement réalisée par des procédés publicitaires ou la diffusion de messages incitant les tiers à des pratiques irrégulières, la Cour a d'emblée souligné que STREAMCAST et GROKSTER avaient expressément revendiqué auprès des usagers la reprise du système illicite de NAPSTER pour le téléchargement de fichiers protégés par le droit d'auteur³².

Elle a surtout retenu trois catégories d'« *indices* » objectifs caractérisant selon elle la preuve de l'intention coupable à la charge des sociétés défenderesses :

- tout d'abord, la volonté affichée par chacun des deux opérateurs de répondre à une demande de violations du droit d'auteur sur un marché comportant les anciens usagers de NAPSTER, brutalement privés de leur outil favori de téléchargement illégal après son interdiction par la justice américaine: documents internes³³ et publicités faisant constamment référence à NAPSTER et insistant sur la compatibilité et le caractère semblable des programmes, capacité exprimée de télécharger encore plus de fichiers, notamment des films protégés par le droit d'auteur et des programmes de logiciels, kits destinés aux annonceurs sur le thème de la reprise de NAPSTER, usage du nom de « GROKSTER » dérivé de NAPSTER, reprise des adresses E-mail des usagers de NAPSTER³⁴ ;
- ensuite, la carence des deux sociétés défenderesses à développer un quelconque dispositif de filtrage en vue de diminuer l'usage illicite des programmes³⁵. Contrairement à la juridiction d'appel, la Cour Suprême a considéré que cet aspect, controversé en fait, renforçait encore l'intention de GROKSTER et STREAMCAST de rendre plus aisés les téléchargements illégaux³⁶ ;
- enfin, la circonstance que les recettes et le profit dégagés par GROKSTER et STREAMCAST proviennent pour l'essentiel de la vente d'espaces publicitaires visibles par les usagers des systèmes. Plus le logiciel est utilisé et répandu, plus les annonces publicitaires se multiplient et plus les profits augmentent ; la violation du droit d'auteur par des téléchargements illégaux, élément attractif essentiel pour les usagers, est ainsi au cœur du modèle économique et commercial de ces entreprises, dans des conditions qui caractérisent la poursuite d'un but illégal.

Sur la base de ces éléments, et après avoir précisé que les deux dernières catégories d'indices ne peuvent être à eux seuls déterminants, la Cour a estimé que les demandes de première instance étaient fondées dans leur principe, l'étendue exacte des pratiques illégales et l'appréciation du préjudice causé devant faire l'objet d'un débat ultérieur, étant précisé par la Cour que la preuve est d'ores et déjà rapportée d'une violation du droit d'auteur sur une échelle « gigantesque ».

L'opinion de la Cour s'achève par de nouvelles considérations destinées à distinguer cette hypothèse GROKSTER et STREAMCAST de la « règle SONY », celle-ci devant demeurer un « port sûr » pour les innovateurs ; elle relève aussi *in fine* que la preuve de l'incitation dans le cadre de ce régime spécifique de responsabilité ne se présume jamais mais doit être, comme en l'espèce, rapportée par des éléments objectifs caractérisant une intention claire.

Ainsi se trouve désormais fixée la doctrine « GROKSTER », la Cour se gardant bien de se prononcer sur la technologie du « peer to peer » en elle-même mais sanctionnant avec une incontestable sévérité les mauvais acteurs du marché qui cherchent à réaliser des profits en promouvant des pratiques illicites auprès de tiers.

Au regard de cette analyse pragmatique, l'application de la théorie de l'incitation doit désormais réunir trois éléments essentiels : l'intention caractérisée de provoquer la violation du droit d'auteur, la distribution de l'appareil adapté à cette violation et l'existence d'une atteinte réelle à ce droit portée par les utilisateurs du produit.

De nombreuses questions devront toutefois être résolues :

- ce régime de responsabilité est-il appelé à devenir autonome ou constitue-t-il une simple extension du régime général de responsabilité indirecte ou par contribution ?
- les critères retenus par la Cour Suprême pour caractériser l'incitation sont-ils limitatifs ou pourront-ils être étendus dans l'avenir ?
- comment la preuve de l'intention, élément majeur de l'analyse, pourra-t-elle être apportée ?
- la jurisprudence SONY devra-t-elle être cantonnée aux situations dans lesquelles l'analyse de l'intention incitative n'est pas requise ou pourra-t-elle être combinée avec le précédent GROKSTER ?
- au-delà de la responsabilité secondaire, est-il concevable d'envisager une responsabilité tertiaire pour les investisseurs, notamment si ces derniers se sont imprudemment avancés sur le terrain de la communication et de la commercialisation³⁷ ?

Au-delà de ces considérations d'avenir, l'opinion de la Cour Suprême apparaît en définitive comme une œuvre pragmatique, morale et équilibrée, parfois teintée d'ironie³⁸, qui allie la fermeté de protection du droit d'auteur³⁹ à de multiples verrous de protection de l'innovation technologique.

Les opérateurs économiques intervenant sur le marché américain devront désormais faire preuve de vigilance en matière de publicité et de promotion de produits ou d'appareils susceptibles de faire l'objet d'usages irréguliers. Mais ceux qui agissent de façon responsable et loyale n'ont raisonnablement rien à craindre cette nouvelle donnée de leur environnement légal.

¹ Cette “opinion” de la Cour Suprême des Etats-Unis constitue l’une des 80 décisions de l’année judiciaire 2004-2005, et l’une des toutes dernières de la « Cour Rehnquist ». William Rehnquist, Chief Justice, est décédé le 4 septembre 2005, à l’issue d’un mandat de 33 ans au sein de la Cour Suprême. La décision commentée est aussi l’une des 17 « opinions » unanimes (sans opinion dissidente) de la Cour pour la même année judiciaire (21% des décisions rendues).

² A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (ND Cal, 2000, 239. F. 3d 1004 (CA92001).

³ Environ 10.000 fichiers musicaux téléchargés par seconde....

⁴ Le nom même de « Grokster » semble être un dérivé de « Napster ».

⁵ Logiciel éponyme pour Grokster et Morpheus pour StreamCast.

⁶ Autrement dénommé « *Supernode* ».

⁷ Le système présente toutefois l’inconvénient de ne pas aboutir à des résultats de recherche exhaustifs, de délivrer des fichiers redondants et de rendre difficile le contrôle des usages irréguliers.

⁸ La progression des connexions à haut débit favorise les téléchargements rapides.

⁹ Sans doute 75% de copies parfaites

¹⁰ Cf. les travaux du statisticien informatique dans la procédure de « *discovery* » ; aux Etats-Unis, cette phase préliminaire et contradictoire de l’instruction contentieuse permet à chacune des parties de rechercher la preuve de ses allégations auprès d’une autre partie ou de tiers. Pendant l’audience, le chiffre de 2, 6 milliards de fichiers illégalement téléchargés chaque mois a été évoqué par l’avocat des requérants.

¹¹ Chiffre cité par le Justice Breyer dans son opinion convergente.

¹² Aux Etats-Unis, les 11 Cours d’appel fédérales (auxquelles s’ajoutent une Cour pour Washington DC. et la « *Court of appeals for the Federal Circuit* ») ont une compétence territoriale de « *circuits* », établie en 1891 et inchangée depuis 1948; chacun des membres de la Cour Suprême fédérale est responsable d’un circuit et est réputé, selon la tradition historique, parcourir régulièrement celui-ci à cheval (*riding circuit*). La Cour du 9^{ème} Circuit (Alaska, Arizona, Californie, Hawaï, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington, Guam, Northern Mariana Islands) a vu ses décisions pour l’année judiciaire 2004-2005 déférées à la Cour Suprême infirmées par celle-ci dans une proportion de 84,2%...

¹³ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

¹⁴ Le « *writ of certiorari* » est le mode le plus courant de saisine de la Cour Suprême des Etats-Unis (environ 90% des requêtes) lorsque celle-ci statue sur des décisions juridictionnelles qui lui sont déférées. Il est sollicité par une requête comportant la mention des parties, un exposé des faits et une argumentation sommaire de nature à justifier une admission, prononcée de façon purement discrétionnaire par quatre juges au moins; sur le fonctionnement général de la Cour cf. : Elisabeth ZOLLER, les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis, PUF 2000; cf. également François-Henri BRIARD, la Cour Suprême des Etats-Unis et le procès équitable in Mélanges PACTET, Dalloz 2003 ; et sur le *writ of certiorari* : Henry J. Abraham, The Judicial Process, 7th edition, pp. 191 à 196).

¹⁵ Opinion unanime rédigée par l’Honorable Justice SOUTER, avec deux opinions convergentes –mais nuancées et opposées entre elles sur certains points – de l’ Honorable Justice GINSBURG, rejointe par REHNQUIST (Chief Justice) et KENNEDY d’une part, et de l’Honorable Justice BREYER d’autre part, rejoint par STEVENS et O’CONNOR. Pour mémoire, il sera rappelé que Justice SOUTER a été nommé membre de la Cour Suprême des Etats-Unis en 1990 par le Président George BUSH, après avoir été membre de la Cour Suprême du New Hampshire. Il est généralement regardé par la communauté juridique comme un juriste de haute tenue, modéré, attaché au respect de la règle de droit, parfois énigmatique et imprévisible. Il présente une forte affinité de vote avec Justice GINSBURG (71% totalement et 88% partiellement en 2004-2005). Il est enfin un farouche opposant à l’introduction des caméras de télévision dans l’enceinte de la Cour Suprême....

¹⁶ Selon Dan Glickman, Président de la puissante *Motion Picture Association of America*, il s'agit « d'une victoire pour le consommateur, qui aura accès à davantage de contenus, de plusieurs sources et de façon légale ». Plus radicalement, Alberto Gonzales, Ministre américain de la Justice, s'est félicité de ce que la Cour ait sanctionné ceux qui « encouragent au vol de musique, films, de logiciels ou d'autres travaux protégés par les droits d'auteur » ; l'organisation qui défend les éditeurs de musique (RIAA) a approuvé une opinion « protégeant le gagne-pain de onze millions d'américains employés dans les industries des droits d'auteur » et la MPAA a salué « une victoire historique pour la propriété intellectuelle de l'ère numérique ». De son côté, la Fondation pour la Frontière électronique s'inquiète de « la nouvelle ère d'incertitudes juridiques pour les innovateurs américains ». D'autres points de vue plus nuancés se sont exprimés, tels ceux de Markham Erickson, de la *Net Coalition*, estimant que la décision de la Cour Suprême « préserve les capacités d'innovation technologique tout en protégeant le copyright », ou encore de Harris Miller, au nom de l'ITAA (*Information Technology Association of America*), qui considère que la Cour a eu raison de dissuader les distributeurs d' « encourager activement les usagers de (leur) technologie à violer les droits d'auteur ».

¹⁷ La Cour relève toutefois que le conflit n'est pas aussi absolu, les concepteurs de logiciels, y compris en matière de partage de fichiers, ayant aussi besoin du soutien du droit de la propriété intellectuelle pour protéger leurs travaux. Et des artistes émergents peuvent bénéficier utilement d'une diffusion massive de leurs œuvres...

¹⁸ § 106 du Copyright Act.

¹⁹ Cf. la théorie citée par la Cour de « *contributory or vicarious infringement* ». Dans son opinion convergente, Justice Ginsburg évoque la notion de responsabilité pour autrui.

²⁰ Cf. l'opinion de Justice Ginsburg.

²¹ La jurisprudence citée par la Cour dans son opinion remonte jusqu'à 1911 !

²² Supra note 11.

²³ « Time-shifting ».

²⁴ L'opinion de Justice Breyer dans l'affaire *Grokster* rappelle toutefois que le pourcentage d'activités licites d'enregistrement au moyen du magnéto Betamax n'atteignait que 9% des émissions enregistrées....

²⁵ Justice Breyer a été nommé par le Président Bill Clinton en 1994 ; il est un ardent francophile et maîtrise à merveille la langue de Molière (cf. par exemple sa récente intervention devant l'Académie des Sciences Morales et Politiques sur Tocqueville - http://www.asmp.fr/travaux/exceptionnelles/tocqueville_breyer.pdf).

²⁶ Justice Breyer cite à cet égard les inventeurs et les « entrepreneurs » qui travaillent dans un garage, un dortoir, le laboratoire de leur société ou la salle d'un conseil d'administration.... Et à l'audience, Justice SCALIA s'était même « mis dans la peau » d'un inventeur pour apprécier sa position au regard des usages illicites.

²⁷ Justice SCALIA avait repris assez fermement le représentant des sociétés défenderesses à l'audience en le prévenant que la Cour ne se déciderait certainement pas par référence au précédent.

²⁸ ²⁸ 35 U.S.C § 271 (c).

²⁹ *Rumford Chemical Works v. Hecker*, 20. F. Cas 1342, 1346 (N°13.133) (CC N.J. 1876); *Thomson-Houston Electric Co v. Kelsey Electric R. Specialty Co.* 75 F. 1005, 1007-1008 (CA2 1896); *Oak Industries, Inc. v. Zenith Electronics Corp.*, 697 F. Supp. 988, 992 (ND III. 1988) et les autres décisions citées par la Cour.

³⁰ Les considérations échangées à l'audience témoignent de l'attention portée par la Cour Suprême à la vulnérabilité des inventeurs et de son souci de protéger l'innovation naissante.

³¹ Les actes ordinaires tels que les supports techniques ou les mises à jour ne sauraient en particulier être assimilés à une quelconque incitation.

³² Le thème de la « reprise » d'une clientèle connue avait été développé à l'audience par l'avocat des plaignants.

³³ A plusieurs reprises la Cour se réfère à des documents internes des distributeurs, non connus du public mais caractéristiques selon elle des finalités poursuivies.

³⁴ De l'ordre de 50 millions d'adresses ;

³⁵ En dépit de quelques E-mails de dissuasion aux usagers.

³⁶ Une note de l'opinion de la Cour précise sur ce point qu'un tel élément ne suffirait pas néanmoins à lui seul à caractériser l'intention coupable entraînant la mise en œuvre du régime de responsabilité du fait d'autrui si l'appareil est susceptible d'un usage régulier significatif (hypothèse SONY).

³⁷ Voir sur ce point l'étude présentée à CHICAGO au Congrès Annuel de l'American Bar Association en août 2005 par William Sloan Coats et Erik R. Zimmerman et la jurisprudence citée sur la responsabilité des investisseurs.

³⁸ Justice SOUTER, rédacteur de l'opinion, n'a pas résisté au désir d'écrire dans le corps même de la décision de la Cour que les succès du hit-parade sont sans doute davantage téléchargés que le *Decameron* ou les œuvres de Shakespeare...

³⁹ Cette fermeté peut avoir été suscitée par des documents internes de Streamcast, et notamment par une déclaration du directeur du département technologique, qui avait affirmé dans un esprit de provocation qu'il était nécessaire pour sa société d'affronter les problèmes juridiques et d'être poursuivie. Son vœu aura été exaucé au-delà de toute espérance...

