

MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET INTEROPÉRABILITÉ

Gilles Vercken, Avocat, Cabinet Gilles Vercken
et Franck Macrez, Maître de conférences au CEIPI (Université de Strasbourg), Avocat

I.- Les incertitudes sur les notions clefs : interopérabilité et mesures techniques

A.- Interopérabilité ou compatibilité ?

B.- Mesure de protection de l'œuvre ou de l'appareil de lecture ?

II.- Pour une obligation de compatibilité des écosystèmes de distribution

A.- À qui profite la mesure de protection technique ?

B.- Pour une obligation de compatibilité des écosystèmes

Dans l'univers de la diffusion des biens numériques, s'affrontent en permanence deux logiques, qui, au premier abord, semblent incompatibles : d'une part, la nécessaire protection des droits d'auteurs portant sur les œuvres incorporées dans un fichier numérique, protection qui se traduit concrètement par un contrôle du fichier par des mesures techniques, et, d'autre part, la volonté ressentie comme légitime des usagers de pouvoir disposer de leurs fichiers en toute liberté, dès lors qu'ils ont « achetés » le dit fichier, qui se manifeste par le « désir d'interopérabilité ».

Comment trouver la voie de l'équilibre ?

Le présent article a pour modeste ambition de proposer quelques pistes de réflexion, fondées sur l'idée que les intérêts de chacun peuvent être déclarées compatibles, dès lors que l'on définit bien les objets sur lesquels les revendications portent¹.

Il est d'abord nécessaire, en introduction, de décrire les différentes caractéristiques des mesures techniques de protection (MTP ou DRM pour *Digital Right Management*) appliquées au livre numérique et la manière dont la problématique peut se poser.

Les formats du livre numérique. Les formats de fichiers sont, on le sait, soit de type « fermé » (ou « propriétaire »), soit de type ouvert (ou « libre »). Les principales plateformes de livres numériques disposent chacune de leur propre format de livre numérique, format de type propriétaire, qui est destiné à n'être lu que sur les dispositifs matériels de la marque, le tout formant un « écosystème » fermé : Amazon propose à ses clients uniquement le format KF8 (pour *Kindle Fire 8*, uniquement compréhensible par les liseuses *Kindle*), et Apple le format *Fixed Layout EPUB/ibooks*.

Parallèlement, le format EPUB, acronyme de « *electronic publication* », est un format ouvert standardisé développé par l'*International Digital Publishing Forum* (IDPF) lisible sur la plupart des dispositifs matériels (à l'exception notable du *Kindle* d'Amazon, tandis que le site Fnac.com en a fait un argument de vente).

Enfin le format PDF (*Portable Document Format*) est un format en quelque sorte intermédiaire, puisqu'il est un format propriétaire (seule la société Adobe peut le faire évoluer) mais documenté : ses caractéristiques sont publiées, ce qui permet sa portabilité : la consultation des fichiers sous ce format est possible sur l'ensemble des systèmes et dispositifs.

Les mesures techniques du livre numérique. Les mesures techniques utilisées par les opérateurs majeurs du marché du livre numérique protègent, au-delà des fichiers eux-mêmes, l'ensemble de l'« écosystème » (principalement d'Apple et Amazon), incluant la plateforme de vente et les dispositifs matériels de lecture, qu'ils proposent à leur clientèle. Les mesures techniques interdisent l'exportation et l'importation d'un écosystème à l'autre, le lecteur ne pouvant en conséquence lire le livre numérique acheté *via* une plateforme sur un dispositif de lecture (liseuse, tablette) n'appartenant pas au même écosystème.

Par ailleurs, il est important de noter que l'utilisation d'un format ouvert (principalement, pour les livres, le format EPUB) n'interdit pas l'utilisation de mesures techniques de protection ou d'information, comme le fait par exemple la société Apple avec son DRM *FairPlay*. En outre, les mesures techniques peuvent, comme les formats, être qualifiées de

¹ V., pour cette démarche fondamentale dans le domaine des créations informatiques : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. « CEIPI », Paris, 2011.

« propriétaires » (Amazon, Apple, Adobe) ou « ouvertes » (Marlin, projet initié en 2008 par les sociétés Intertrust, Panasonic, Philips, Samsung et Sony), ces dernières protégeant le contenu mais avec une volonté d'assurer l'interopérabilité entre les écosystèmes.

La délicate définition de l'interopérabilité. L'article L.331-5 du CPI prévoit que « les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur » (al. 4) et qu'elles « ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits » (al.6). L'interopérabilité n'a pas été définie par le législateur, ce qui lui a valu une censure du Conseil constitutionnel². La Hadopi l'a récemment définie comme « la capacité d'un logiciel ou système technique à fonctionner avec d'autres logiciels ou systèmes techniques, existants ou futurs, sans restriction d'accès ou de mise en œuvre. »³ Cela implique une interopérabilité sémantique (« savoir se comprendre »), syntaxique (« savoir communiquer ») et technique (« pouvoir communiquer »)⁴.

Elle peut aussi être définie comme « l'aptitude, pour plusieurs systèmes hétérogènes, à pouvoir communiquer/échanger une information mécanique, électronique ou logique dans un environnement prédéterminé »⁵. On rappellera aussi qu'il existe par contre une définition spécifique pour le logiciel dans la directive sur les programmes d'ordinateurs défini comme « capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées »⁶, mais celle-ci ne peut s'appliquer qu'à son objet.

Problème posé. La question des mesures techniques n'est pas neuve et a fait couler beaucoup d'encre. L'on aurait pu croire, il y a quelques années, que la problématique était devenue *de facto* obsolète en raison de l'abandon des mesures techniques par les exploitants d'œuvres musicales : leur impopularité, notamment en raison des difficultés techniques qu'elles posaient, chez leur clientèle était importante et persistante.

La schizophrénie des exploitants d'œuvres musicales, qui ont dépensé beaucoup d'énergie en *lobbying* afin d'obtenir une protection juridique des mesures techniques pour ensuite les abandonner, se retrouve chez le législateur européen. Après avoir, à l'article 6 de la directive « société de l'information »⁷, consacré une répression du contournement de la mesure technique, « sacralisée » tout en étant « contrôlée »⁸, les autorités de l'Union appellent à une réforme législative consacrant pleinement l'interopérabilité. Les exploitants de livres

² Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, décision n°2006-540, *JO*, 2006, 178, p. 11541, cons. 58 et s.

³ Hadopi, Avis n°2013-2 du 8 avril 2013 rendu sur la saisine de l'association VideoLAN, p.2, n°7.

⁴ Direction générale de la modernisation de l'État, *Référentiel Général d'Interopérabilité*, version 1.0, 12 mai 2009, <http://referencess.modernisation.gouv.fr/rgi-interoperabilite>, p.18 et s.

⁵ F. Duflot, « L'interopérabilité dans tous ses états (Définition de la notion d'interopérabilité) », *Interopérabilité : aspects juridiques, économiques et techniques*, *RLDI*, janv. 2007, suppl. au n°23, 751, p. 9.

⁶ Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, *JOCE*, 17 mai 1991, cons. 10.

⁷ Directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, 22 juin 2001.

⁸ G. Vercken, « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », *RLDI* 2006, suppl. n°20, p. 15.

numériques semblent, eux, ressentir le besoin de s'appuyer sur ces mesures techniques, pour pouvoir développer un marché encore balbutiant en France.

La pertinence des mesures techniques de protection. En réalité, une approche générale et globale de l'utilité des DRM, ainsi d'ailleurs plus largement du périmètre de celles-ci, n'est pas pertinente, pour les raisons suivantes.

La valeur d'usage objet de la protection par les DRM est différente selon les œuvres.

En premier lieu, il faut tenir compte de la valeur d'usage attachée à chaque catégorie d'œuvres, pour comprendre et apprécier la finalité des DRM. On entend par valeur d'usage la satisfaction offerte à l'utilisateur par la consommation de l'œuvre.

Plus précisément, la valeur d'usage d'une œuvre n'est absolument pas la même pour une œuvre musicale, ou graphique et plastique, que pour une œuvre audiovisuelle.

La valeur d'usage d'une œuvre musicale augmente avec la répétition de l'écoute. Par conséquent, l'utilisateur souhaite pouvoir écouter l'œuvre non pas une fois, mais de multiples fois. Toute restriction à cette multiplicité est vécue comme une contrainte disproportionnée à cette finalité. L'impossibilité de copier sur ses différents appareils, la limitation à la capacité d'emporter sa musique partout apparaît comme incompatible avec ce besoin d'écoutes multiples. De plus, elle ne porte pas atteinte à la valeur économique de l'œuvre. Non seulement la multiplicité de l'usage crée l'accoutumance, mais elle peut aussi être prescripteur de nouveaux « achats » : la version live, d'autres interprétations du même artiste, le CD « objet », voir même ouvrir sur des marchés distincts. Dans ce contexte, les DRM vont à l'encontre même des intérêts du titulaire du droit. C'est l'une des raisons, à notre sens, pour laquelle les DRM ont été abandonnées dans le secteur musical, la fluidité et la circulation multiple des œuvres augmentant leur valeur.

Au contraire, la valeur d'une œuvre de fiction, telle une œuvre audiovisuelle, s'épuise au premier usage. Elle repose sur l'exclusivité du premier usage, la valeur disparaissant après celui-ci. Il en est de même pour les jeux vidéo, ou encore les « livres » numériques, sauf ouvrages pratiques. Dès lors, les DRM sont essentiels pour préserver cette virginité du premier usage, et interdire la circulation de l'œuvre.

Il convient également de tenir compte de la différence existant sur les marchés des biens culturels selon le bien concerné, et notamment les possibilités de différents modes d'exploitation. Dans le domaine musical, les modes d'exploitation sont multiples et peuvent s'additionner en se complétant : la radio, et plus encore le spectacle vivant, constituent des marchés qui ne sont pas affectés par la multiplication des copies liée à la disparition des mesures de techniques de protection. Tel n'est pas le cas dans les autres secteurs, et notamment pour le livre numérique, dont le premier marché substantiel est bien celui de l'usage de la lecture, les lectures publiques étant marginales, et les « livres audio » ne s'étant pas substitués à l'usage primaire.

Défendre le marché principal est donc vital dans l'univers du livre numérique.

La Commission européenne en faveur de l'interopérabilité. La Stratégie Numérique de la Commission Européenne estime, dans son deuxième pilier (interopérabilité et normes), que

« L'Europe doit garantir que les nouveaux appareils, applications, référentiels de données et services informatiques puissent interagir de manière transparente en tout lieu – tout comme l'internet. »⁹ Spécifiquement à propos des livres numériques, la vice-présidente de la Commission européenne en charge de la Stratégie numérique l'exprimait en ces termes : « L'interopérabilité est une exigence majeure de la construction d'une société véritablement numérique, exigence qui s'applique également aux livres numériques. Lorsqu'un client achète un livre imprimé, il est libre de l'emporter où bon lui semble. Il devrait en être de même avec un livre numérique. (...) La lecture d'un livre numérique devrait être possible n'importe où, n'importe quand et sur n'importe quel appareil. »¹⁰

Le temps des interprètes. Si le législateur européen affiche une volonté nette de favoriser l'interopérabilité dans le futur, le temps est aujourd'hui celui des interprètes de la norme législative, fixée en 2001 au niveau européen et en 2006 lors de sa transposition en France¹¹.

Aucune décision de justice n'a, à notre connaissance, été rendue spécifiquement à propos de mesures techniques et d'interopérabilité de livres numériques. En revanche, ces problématiques ont été soulevées dans le domaine des jeux vidéos tant en France¹² qu'au niveau de la Cour de Justice¹³, et l'analogie semble possible, notamment en raison du fait que le livre numérique comme le jeu vidéo sont distribués sous forme numérique, mais avec un format particulier destiné à un dispositif matériel spécifique (console de jeu, liseuse électronique). La Hadopi a, en outre, rendu son premier avis, concernant l'interopérabilité des lecteurs Blue-Ray¹⁴.

À l'analyse, il faudra en premier lieu s'interroger sur les périmètres des notions utilisées, objet de bien des incertitudes (I). Le champ de ces incertitudes étant circonscrit, il sera proposé de les réduire en proposant une obligation spécifique et autonome d'interopérabilité restreint à un périmètre déterminé : celle des plates formes de distribution digitales (II).

I.- Les incertitudes sur les notions clefs : interopérabilité et mesures techniques

La nécessité de prendre en compte l'interopérabilité se pose dans sa relation avec la mesure technique.

⁹ « Europe must ensure that new IT devices, applications, data repositories and services interact seamlessly anywhere – just like the internet. » : European commission, Digital agenda for Europe – A Europe 2020 Initiative, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/>.

¹⁰ N. Kroes, in C. Bläsi et F. Rothlauf, *De l'interopérabilité des formats du livre numérique*, European and International Booksellers Federation, Buxelles, 2013.

¹¹ Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *J.O.*, 3 août 2006.

¹² CA Paris, 26 septembre 2011, *Nintendo / Absolute Games, Divineo et autres*, *Legalis.net*, affaire n° 0824995002.

¹³ Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunale di Milano (Italie), 26 juill. 2012, *Nintendo Co., Ltd e.a. / PC Box Srl et 9Net Srl*, *JO*, 2012, L 167, affaire C-355/12, p. 10.

¹⁴ Hadopi, Avis n°2013-2 du 8 avril 2013 rendu sur la saisine de l'association VideoLAN, préc.

Que faut-il entendre alors par interopérabilité (A), et à quel « objet » (œuvre ou appareil de lecture) doit-elle s'appliquer (B), l'analyse ne pouvant s'opérer l'une sans l'autre ?

A.- Interopérabilité ou compatibilité ?

Rappelons qu'aux termes de l'article L.131-31, 1°, la Hadopi « veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur (...) ».

Dans une affaire *Nintendo*, la cour d'appel de Paris a, le 26 septembre 2001, rendu une riche décision concernant les mesures techniques et l'interopérabilité¹⁵, dans laquelle l'importance du rôle de la procédure devant la Hadopi a été rappelé, puisque les magistrats ont estimé qu'il n'était pas possible pour les prévenus de se prévaloir de l'exception d'interopérabilité, faute de s'être adressé préalablement à l'Hadopi aux fins d'obtenir les informations nécessaires en vertu de l'article L.331-32 : « aucun des prévenus ne justifie avoir effectué les démarches auprès de la Hadopi et, dès lors, aucun ne peut en conséquence invoquer, pour sa défense l'exception d'interopérabilité des systèmes ».

La Hadopi a rendu, le 8 avril 2013, un avis¹⁶ dans le cadre de sa mission de régulation dans le domaine des mesures techniques de protection, sur le fondement de l'article L.331-36 CPI.

L'association VideoLan, éditeur du logiciel *open source* de lecture vidéo VLC MediaPlayer, désirait en effet mettre à disposition de ses utilisateurs une version du logiciel permettant la lecture de disque « Blu-Ray », comportant des mesures techniques de protection. La Hadopi a, pour faire court, renvoyé l'association à la procédure de l'article L.313-32, supposant un refus préalable de communication des informations essentielles à l'interopérabilité de la part du titulaire des droits de la mesure technique, avant saisine de la Haute autorité, laquelle pourrait alors rendre une décision contraignante.

La Hadopi estime que « la gravité de l'atteinte à la sécurité et à l'efficacité de la protection offerte par la mesure technique doit s'apprécier au vu du degré de protection global de l'œuvre concernée, c'est-à-dire pour l'ensemble des supports et formats dans lesquels elle est distribuée. Sa disponibilité dans des formats et sur des supports moins protégés serait de nature à minimiser cette atteinte. »¹⁷

Il faut alors retenir que l'interopérabilité, pris au sens de la HADOPI, doit prendre en compte la nécessité de protéger l'œuvre, mais prise d'un point de vue globale.

Cette indication peut faire écho aux obligations spécifiques qui sont envisagées pour le livre numérique.

L'accord-cadre « sur le contrat d'édition dans le secteur du livre » du 21 mars 2013¹⁸, dont il faudra suivre attentivement l'avenir législatif et la mise en œuvre, prévoit, dans la partie du futur Code des usages relative à l'exploitation permanente et suivie que « l'éditeur est tenu :

- d'exploiter l'œuvre dans sa totalité sous une forme numérique ;
- de la présenter à son catalogue numérique ;

¹⁵ CA Paris, 26 septembre 2011, *Nintendo / Absolute Games, Divineo et autres*, préc.

¹⁶ Hadopi, Avis n°2013-2 du 8 avril 2013 rendu sur la saisine de l'association VideoLAN, préc.

¹⁷ Ibid., n°22.

¹⁸ « Accord-cadre entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national des éditeurs sur le contrat d'édition dans le secteur du livre », 21 mars 2013, <<http://www.culturecommunication.gouv.fr>>.

- de la rendre accessible dans un format technique exploitable en tenant compte des formats usuels du marché et de leur évolution, et dans au moins un format non propriétaire ;
- de la rendre accessible à la vente, dans un format numérique non propriétaire, sur un ou plusieurs sites en ligne, selon le modèle commercial en vigueur dans le secteur éditorial considéré. »

L'obligation d'exploiter dans un « format non propriétaire » est remarquable. Il ne fait guère de doute qu'elle est une reconnaissance pour le format EPUB, seul format « non propriétaire » généralisé de livre numérique. Nul doute non plus que c'est un pas vers l'interopérabilité, si l'on veut bien pardonner l'euphémisme et tenir pour synonymes les expressions « format non propriétaire » et « format ouvert », ce dernier étant par nature interopérable¹⁹.

Mais le futur Code des usages ne dit mot des mesures techniques, lesquelles peuvent être apposées sur des fichiers au format ouvert et restreindre ainsi « l'interopérabilité ». Par exemple, le DRM *Adept* de la société Adobe limite la lisibilité d'un livre au format EPUB (format non propriétaire) à six appareils. L'exploitant est donc libre de restreindre totalement l'interopérabilité de son catalogue grâce à la mesure technique de protection de son choix.

La mention d'une obligation d'exploitation dans un « format non propriétaire » peut être la marque d'une volonté de faciliter l'interopérabilité. Mais la rédaction du Code des usages, outre qu'elle est destinée à évoluer aisément du fait du choix de la technique normative utilisée, peut aussi montrer une certaine ambiguïté.

Tout d'abord, le sens précis de la disposition n'est pas de la plus grande clarté. En particulier, l'articulation entre le troisième et le quatrième point ne semble pas aisée. D'un côté, l'œuvre doit être rendue « accessible » dans les « formats usuels du marché (...), et dans au moins un format non propriétaire » ; de l'autre, l'œuvre doit être rendue « accessible à la vente »²⁰, dans un « format numérique non propriétaire ». Il faudrait comprendre que la première hypothèse vise le cas où l'éditeur met à disposition son catalogue directement au public, et la seconde où il le rend accessible en le proposant à la « vente » à un revendeur en ligne.

Par ailleurs, cette nécessité d'un « double » format peut poser une difficulté au regard de l'avis de la HADOPI, qui propose une vision globale, en indiquant que la disponibilité dans un format ouvert pourrait affecter la protection de la mesure technique dans un format propriétaire.

Il serait donc utile que soit défini précisément ce que l'on entend par « format non propriétaire ».

Et peut-être faut-il alors se poser la question de savoir qui est ce propriétaire ? Est-ce la propriété de l'éditeur ou celle de la plateforme de distribution ? Est-ce la protection du fichier ou du terminal de lecture ?

Ce qui doit amener à s'interroger sur la notion de mesure technique : doit-elle porter sur le fichier, ou sur la relation entre le fichier et le terminal ?

B.- Mesure de protection de l'œuvre ou de l'appareil de lecture ?

¹⁹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO*, 22 juin 2004, article 4 : « On entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre. »

²⁰ Nous soulignons. Voilà un secteur culturel bien étrange dans lequel on *vend* des œuvres, et on exploite des *livres* (loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles, sur laquelle v. la contribution de F.-M. Piriou, dans ce numéro)...

Dans la décision précitée, la Hadopi a également anticipé l'étendue de sa mission en vertu de l'article L.331-32, instaurant une procédure de règlement des différends quant au refus, par le titulaire de droits sur la mesure technique, de fourniture des informations nécessaire à l'interopérabilité. La Haute autorité pourrait enjoindre la communication des clés de chiffrement²¹, à condition que le titulaire de droits ne démontre pas une atteinte grave à la sécurité et à l'efficacité de la mesure.

En revanche, elle semble plus réservée sur la mesure technique consistant en un processus itératif d'échanges d'informations entre support de l'œuvre et matériel ou logiciel de lecture (c'est-à-dire un contrôle continu, au cours de la lecture du contenu, de l'authenticité du lecteur) : la communication des informations porterait alors sur les spécifications techniques de la méthode utilisée.

Il est pourtant difficile de justifier en quoi, alors que le premier type de mesure constitue une « documentation technique » au sens de l'article L.331-32, des spécifications techniques portant sur un processus d'échange d'informations ne pourraient pas tomber sous le coup de cette qualification. À défaut, l'on se trouverait alors en présence d'un objet inédit qui ne pourrait ni donner prise aux règles relatives à l'interopérabilité des mesures techniques, ni à celles spécifiques à la décompilation et l'ingénierie inverse spécifique à la législation sur les logiciels, puisque son application est exclue par la Hadopi²² pour les mesures techniques.

À ce sujet, et à propos des consoles Nintendo, Le *Tribunale di Milano* a transmis, le 26 juillet 2012, à la Cour de justice de l'Union européenne une demande de question préjudicielle concernant l'interprétation de l'article 6 de la directive 2001/29.

La première question est ainsi rédigée :

« L'article 6 de la directive 2001/29/CE, examiné notamment à la lumière du considérant 48 de son préambule, doit-il être interprété en ce sens que la protection des mesures techniques de protection pour des œuvres ou des objets protégés par le droit d'auteur peut être étendue à un système fabriqué et commercialisé par la même entreprise, dans lequel le hardware est pourvu d'un dispositif apte à reconnaître sur le support séparé contenant l'œuvre protégée (jeu vidéo fabriqué par la même entreprise ainsi que par des tiers, titulaires des œuvres protégées) un code de reconnaissance sans lequel cette œuvre ne peut être visualisée et utilisée dans le cadre de ce système, qui exclut ainsi, avec l'appareil qui en fait partie, toute interopérabilité avec des appareils et produits complémentaires ne provenant pas de l'entreprise fabriquant le système lui-même ? »

L'on sait que l'interopérabilité n'est pas directement visée par la directive, mais qu'on retrouve l'idée dans ses considérants. Le juge milanais aurait pu se référer expressément, en plus du considérant 48, au considérant 53, en particulier car le terme d'interopérabilité est explicitement utilisé : « Dans le cadre d'un environnement où les réseaux occupent une place de plus en plus grande, les différences existant entre les mesures techniques pourraient aboutir, au sein de la Communauté, à une incompatibilité des systèmes. La compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes doivent être encouragées. Il serait très souhaitable que soit encouragée la mise au point de systèmes universels. » La Cour elle-même aura toutefois la liberté d'interpréter

²¹ Hadopi, Avis n°2013-2 du 8 avril 2013 rendu sur la saisine de l'association VideoLAN, préc., n°36.

²² V. également : G. Vercken, « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », *Propriétés Intellectuelles* 2007, 25, p. 413, spéc. pp.416-417.

l'article 6 de la directive 2001/29 à la lumière de ce dernier considérant poursuivant l'objectif de compatibilité²³ entre systèmes.

Il nous semble que, si l'article 6 de la directive est visé en son entier, les questions posées se réfèrent aux articles 6.2 (b) et (c) prévoyant « une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace (...) qui :

(...)

b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou

c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace. »

Les critères étant alternatifs²⁴, il convient de se demander si la question de l'articulation avec le considérant 48 (et, à notre sens, le considérant 53) posée par le juge milanais concerne le critère de la limitation du but commercial ou de l'utilisation (6.2(b)), ou bien celui du caractère principal de l'objectif de contournement de la mesure (6.2.(b)).

En toutes hypothèses, et en amont, il ne fait guère de doute que le système de mesure technique combinant logiciel (embarqué sur un disque ou dans un fichier) et *firmware* peut constituer une mesure technique protégée par l'article 6 de la directive.

En réalité, la réponse à la première question devrait donc à notre sens être positive : la mesure de protection visée (combinaison logiciel / *firmware*) semble bien une mesure technique de protection au sens de la directive, et ce indépendamment des autres questions de légitimité de la mesure, qui est une autre question.

C'est le schéma naturellement utilisé dans le domaine du livre numérique : le fichier contient un « code de reconnaissance » destiné à être authentifié par le *hardware* (en réalité le *firmware* contenu dans le matériel) pour les liseuses *ad hoc* ou bien le logiciel spécifique pour les tablettes numériques.

Mais encore faut-il que la finalité soit bien de protéger l'œuvre, et non le contrôle de l'accès au terminal permettant de prendre connaissance de l'œuvre.

Entendu ainsi, l'objectif d'interopérabilité n'est pas nécessairement antithétique de la protection des mesures techniques, contrairement à une opinion répandue.

Ce qui serait alors en jeu ici est l'absence de compatibilité entre différents « écosystèmes » des exploitants, soit la compatibilité entre fichiers numériques, liseuses électroniques et plateforme de vente.

L'interprétation de l'article 6 pourrait aller dans le sens d'une interopérabilité *entre les mesures techniques*, ce qui n'impliquerait pas de faire sauter le verrou protégé par cet article, mais

²³ Sur la différence qui peut se concevoir entre interopérabilité et compatibilité, v. F. Duflot, « L'interopérabilité dans tous ses états (Définition de la notion d'interopérabilité) », art. préc., spéc. p.11.

²⁴ P. ex. : S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, Larquier, Bruxelles, 2005, n°78.

assureraient la libre circulation des livres numériques entre les écosystèmes, objectif poursuivi par la Commission européenne²⁵.

II.- Pour une obligation de compatibilité des écosystèmes de distribution

A.- À qui profite la mesure de protection technique ?

En pratique, les DRM ne sont pas nécessairement mis en place par les éditeurs, mais par les plateformes de distribution²⁶.

L'éditeur peut certes indiquer dans le contrat avec la plateforme les requis qu'il souhaite en terme de fonctionnalités visant à restreindre, ou en tout cas limiter les usages.

C'est d'ailleurs même une obligation légale, puisque le décret du 10 novembre 2011 sur le prix du livre numérique indique que l'éditeur doit indiquer :

« – les modalités d'accès au livre numérique s'entendent des conditions dans lesquelles un livre numérique est mis à disposition sur un support d'enregistrement amovible ou sur un réseau de communication au public en ligne, notamment par téléchargement ou diffusion en flux (« streaming ») ;
– les modalités d'usage du livre numérique se rapportent notamment au caractère privé ou collectif de cet usage, à la durée de mise à disposition du livre numérique, à la faculté d'impression, de copie et de transfert du livre numérique sur divers supports de lecture. ».

Dans cette hypothèse, les mesures portent bien sur l'œuvre, et non sur l'accès à la plateforme.

Elles sont d'ailleurs légitimes, car le client doit savoir quelle est la contrepartie du prix qu'il paie. Cette importance de l'information du consommateur est la

²⁵ *Contra*, M. Ficsor, « Technological Measures (TPMs) to protect video games and illegal “mod chips” to circumvent them – in the light of a reference to the CJEU », 21st Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, 4-5 avr. 2013 : « The reference to Recital 48 is not justified in this respect since it has nothing to do with the concept and definition of technological measures ».

²⁶ Le terme « distribution » est ici utilisé par commodité de langage et sans que cela n'emporte une conséquence sur le plan de la qualification de l'acte effectuée par la plateforme : la mise à disposition d'un fichier peut aussi relever de la communication au public, ce qui exclurait la qualification de distribution, quoiqu'en dise la CJUE dans l'arrêt *Usedsoft*. Peut-être faudrait-il utiliser un terme neutre plateforme de commercialisation ?

contrepartie de la capacité de limiter les usages dans l'univers numérique au contraire de l'univers analogique : c'est pourquoi d'ailleurs, depuis la loi DADVSI, a été prévue une concertation avec les associations de consommateurs et une obligation d'information sur les limites de la copie.²⁷

Elles sont aussi justifiées, car au-delà de la question de la qualification de l'acte par l'utilisateur en « vente » au titre de la loi spéciale sur le prix du livre numérique afin de bénéficier du taux de TVA réduit²⁸, l'application des mesures techniques permet aussi, notamment, de pouvoir éviter la qualification de vente au sens du droit d'auteur, écartant le risque de danger légal d'une application à l'univers numérique de la théorie de l'épuisement des droits²⁹, ou encore de préserver la possibilité de copie privée pour permettre de maintenir la rémunération y afférente.

Mais les objectifs poursuivis par les distributeurs sont ceux de la plateforme, et ils ne sont pas ceux des éditeurs.

La volonté des distributeurs n'est pas tant de préserver les possibilités d'exploitation des œuvres, mais de préserver la captation de la clientèle sur leur écosystème. On doit d'ailleurs constater que les conditions générales d'utilisation

²⁷Article L331-9 : « Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées. » Article L331-12 : « Les conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'un phonogramme et les limitations susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception pour copie privée mentionnée au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3 par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection doivent être portées à la connaissance de l'utilisateur. »

²⁸ Remis en cause récemment en prenant en compte l'existence ou non de drm : voir la proposition d'amendement des députés Monsieur Eric Alauzet et Eva Sas *30 octobre 2013 - projet de loi de finances pour 2014 - (n° 1395) amendement n°ii-cf62* - A ce sujet, on fera remarquer qu'il existe aussi des services de biens culturels soumis à une TVA spéciale : spectacles vivants, cinémas, services de télévision (article 279 CGI). Voir aussi la proposition d'amendement de Monsieur Lionel Tardy dans le cadre de la discussion sur le projet de loi consommation - assemblée nationale *15 novembre 2013 consommation - (n° 1357) amendement n°ce102*.

²⁹ Cf. « Vers un marché de l'occasion du livre numérique » Cabinet Gilles Vercken. Légipresse n°303 – mars 2013

proposées par les plateformes généralistes ne font pas la distinction entre les accès à la plateforme et aux contenus³⁰, là où les plateformes spécialisées le font³¹.

Les DRM protégeant les œuvres sont susceptibles d'être protégées par la DADVSI.

Encore faut-il qu'elle soit contrôlée par le titulaire de droits. Or, les DRM qui protègent l'accès à la plateforme et qui limitent à la fois la possibilité de changer d'écosystème sont aujourd'hui mis en place par les distributeurs, et non par les titulaires de droits. La conséquence en est alors que ces DRM ne sont pas protégées au titre de la DADVSI.

Mais surgit alors une conséquence importante et paradoxale: les distributeurs ne sont pas alors tenus d'assurer l'exception d'interopérabilité prévue par la DADVSI, et ne rentrent pas dans le champ de compétence de la HADOPI, point que nous avons relevé depuis longtemps.

Il faut alors en tirer les conséquences : il est possible de préserver les mesures techniques de protection des œuvres elles-mêmes, tout en proposant un cadre légal imposant aux distributeurs de laisser aux utilisateurs la possibilité de changer de distributeur, problématique qui relève ainsi plus du droit de la concurrence et du droit de la consommation que du droit d'auteur³². L'objet spécifique de ce dernier sera ainsi préservé.

B.- Pour une obligation de compatibilité des écosystèmes

Il conviendrait de distinguer alors les périmètres spécifiques des DRM, par exemple en identifiant clairement les problématiques liées à la transmission du compte utilisateur, ce que nous appelons la portabilité des contenus, comme il a existé la portabilité des numéros de téléphone, et le transfert du fichier porteur de l'œuvre à un tiers, ce dernier seul concernant la propriété intellectuelle et la défense du droit d'auteur.

C'est sans doute à l'aune de cette distinction qu'il faut comprendre la demande d'interopérabilité, qui porte en réalité sur la possibilité de transférer pour un même utilisateur le fichier de l'œuvre sur un autre support.

³⁰ Voir CGU Amazon par exemple : « Amazon ou ses fournisseurs de contenu vous accorde une licence limitée, non exclusive, non transférable, non sous licenciable à l'accès et à l'utilisation personnelle et non commerciale des Services Amazon. Cette licence n'inclut aucun droit d'utilisation d'un Service Amazon ou de son contenu pour la vente ou tout autre utilisation commerciale ; de collecte et d'utilisation d'un listing produit, descriptions, ou prix de produits; de toute utilisation dérivée d'un Service Amazon ou de son contenu ; »

³¹ V. les CGU de Numilog : « En particulier, Numilog et l'éditeur qu'il représente attirent votre attention sur le fait que **les fichiers des Items numériques livrés après commande sur ce site sont, sauf exception, protégés contre la copie par des dispositifs appelés "Mesures technique de protection" ou "systèmes de Digital Rights Management"**. Le téléchargement des Items numériques aux formats EPUB ou PDF nécessite l'installation préalable du logiciel de lecture Adobe Digital Editions. Lors de la première exécution d'Adobe Digital Editions, vous serez invité à autoriser l'application en saisissant un ID Adobe. Ensuite, tout livre numérique acheté sera automatiquement lié à votre ID Adobe, et non à votre ordinateur. Vous pourrez ainsi utiliser vos contenus sur six ordinateurs et terminaux autorisés avec Adobe Digital Editions. Les Items numériques au format WMA ne pourront pas être transférés librement sur des appareils électroniques différents de celui qui a été utilisé pour le premier téléchargement. **Ces dispositifs de protection sont à ce jour incompatibles avec certains environnements informatiques, en particulier avec les environnements Linux ou Unix.** »

³² Voir en ce sens, La note d'analyse du centre d'analyse stratégique du premier ministre « Les acteurs de la chaîne numérique du livre », mars 2012, n°272.

Mais il doit bien s'agir d'un même utilisateur.

Cette distinction permettrait alors de réserver de manière cohérente les droits et obligations des intervenants de la chaîne :

- Aux auteurs et éditeurs la possibilité de restreindre les usages selon une application conforme de leurs prérogatives reposant sur le droit exclusif ; ainsi, il ne serait pas possible de « prêter » ou de « revendre » un livre numérique ;
- Aux plateformes de distribution la possibilité de régir l'accès à leurs services, mais avec des obligations de portabilité des comptes utilisateurs, et en interdisant la captation de la clientèle dans l'écosystème du distributeur. Ainsi, un même utilisateur devrait pouvoir passer d'un système à l'autre.