

Droit de l'immatériel

INFORMATIQUE MÉDIAS COMMUNICATION

RENCONTRES LAMY DU DROIT DE L'IMMATÉRIEL

LOI « DADVSI » DU 1^{ER} AOÛT 2006

Collection
LAMY
DROIT DE
L'IMMATÉRIEL

Quel régime pour le téléchargement ?

Par Michel VIVANT

Quelle finalité pour l'interopérabilité ?

Par Cyril ROJINSKY

Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ?

Par Gilles VERCKEN

La reconnaissance d'une garantie d'exception de copie privée

Par Pierre SIRINELLI

La mise en œuvre de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique

Par Christiane FÉRAL-SCHUHL

La rémunération des artistes-interprètes issue de la copie privée

Par Lionel THOUMYRE

L'application du test des trois étapes par le juge : interprétations et conséquences

Par Marie-Françoise MARAIS, Michel VIVANT, Pierre SIRINELLI, Christiane FÉRAL-SCHUHL et Lionel THOUMYRE



Les « *mesures techniques* » ont été au cœur des débats de la nouvelle loi, et en constituent un aspect extrêmement important. Gilles Vercken nous présente ici une analyse très riche des problématiques liées à l'utilisation et à la mise en œuvre de ces mesures.

Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? ⁽¹⁾

INTRODUCTION

Depuis maintenant une dizaine d'années, soit depuis les traités de l'OMPI du 20 décembre 1996, notre droit d'auteur connaît un nouvel « *objet* » de protection : la mesure technique.

En dix ans, cet objet est déjà le sujet d'une histoire mouvementée.

Elle se déroule en trois chapitres.

PREMIER CHAPITRE : LE PARADIS OU LA MESURE TECHNIQUE SACRALISÉE

L'avènement de l'ère du numérique a suscité de profondes craintes chez les titulaires de droits, voire une certaine terreur, fondée sur la certitude d'une absence totale de contrôle possible de la diffusion numérique des œuvres par la seule mise en œuvre de la propriété intellectuelle.

Une croyance a répondu à cette certitude : « *la réponse à la machine est dans la machine* » pour reprendre le mot célèbre de Charles Clarke en 1992. La technique doit répondre aux problèmes qu'elle soulève.

La simple existence d'un droit exclusif n'aurait plus été suffisant pour contrôler la diffusion numérique des œuvres, et des mesures techniques devaient donc être mises en place. De très nombreux programmes européens ont été engagés à cette époque pour proposer de telles solutions techniques (tautouage, marquage, contrôle d'accès, contrôle d'utilisation, etc.).

Mais si la protection attendue est alors fondée sur la mesure technique (qui remplacerait le droit exclusif) il devient alors nécessaire de faire « *glisser* » la protection juridique vers ce nouveau – et, dans la perception de l'époque, le seul – rempart.

Les traités de l'OMPI de 1996 ont alors institué une « *protection appropriée* » de ces mesures techniques garantie par les États, qui devait donc apporter la solution à tous les problèmes.

Comme l'a écrit le Professeur Pierre Sirinelli, il existait donc désormais trois couches de protection potentielles : un droit portant sur l'objet, la mesure technique sur l'objet et, enfin, le droit portant sur la mesure technique.

Nous pourrions ajouter, d'ailleurs, que puisque la mesure technique peut être un logiciel, elle peut également profiter de sa propre protection, à la fois juridique et technique.



Par Gilles
VERCKEN
Avocat
Cabinet Gilles Vercken
Coauteur du Lamy
droit de l'informatique
et des réseaux

SECOND CHAPITRE : LE PURGATOIRE OU LA MESURE TECHNIQUE CONTRÔLÉE

Dans une seconde phase, la réflexion s'est poursuivie, et est apparue la possibilité d'une confrontation entre ce nouveau monopole et celui du droit exclusif. La mise en œuvre de ces mesures techniques et leur protection par le droit pouvaient aussi engendrer une paralysie d'intérêts autres, devant être pris en considération par le droit d'auteur, et notamment l'intérêt des bénéficiaires des exceptions.

Le contrôle total de la diffusion des œuvres par la mesure technique juridiquement protégée empêche ainsi les utilisateurs de bénéficier des zones de liberté qui

ont été accordées par le législateur.

Des équilibres entre ces différents intérêts doivent donc être élaborés, et le débat s'est focalisé sur ce sujet pendant un certain nombre d'années.

La directive du 22 mai 2001 a ainsi essayé d'apporter une solution, à travers le célèbre article 6.4, qui tente d'établir une cohérence interne entre les différentes couches de protection. Sa complexité révèle la difficulté de l'équilibre.

TROISIÈME CHAPITRE : L'ENFER OU LA MESURE TECHNIQUE HONNIE

En France, au fur et à mesure que le débat sur la protection des mesures techniques avançait, et surtout à l'apparition des premiers cas concrets de mise en œuvre des mesures techniques (CD protégés, boutique en ligne d'Apple), est apparue la nécessité de prendre en compte d'autres intérêts externes : l'interopérabilité, le respect des données personnelles... et, petit à petit, l'on en est venu à imposer des contraintes spécifiques dans la mise en place de la protection juridique des mesures techniques, allant bien au-delà des limites internes habituelles à tout monopole exclusif.

Le nouveau texte reflète ainsi une méfiance absolue envers cette nouvelle protection.

Nous constatons donc un mouvement en trois temps :

- d'abord, la reconnaissance par le droit, un peu ingénue, de la technique sensée apporter les réponses à toutes les questions soulevées par le numérique ;
- puis la recherche d'un équilibre par la découverte que la technique ne peut pas tout résoudre, ni se substituer aux droits

(1) Ce texte est la retranscription de l'intervention réalisée lors des « 1^{es} Rencontres Lamy droit de l'immatériel » du 26 juin 2006, consacrées à la nouvelle loi DADVSI. Il respecte donc la forme liée à une telle intervention orale. Par ailleurs, cette intervention a eu lieu avant la décision du Conseil constitutionnel en date du 27 juillet 2006, ce qui modifie les propositions d'analyse sur plusieurs points, et notamment sur l'importance de l'interopérabilité.

exclusifs et à leurs limitations et exceptions internes ;
- et enfin, une véritable méfiance envers les mesures techniques, qui explique que celles-ci sont finalement, dans le texte issu du Parlement, encadrées, voire « *sur-encadrées* », et ce à tous les niveaux de construction du système, de la définition de la notion à sa mise en œuvre.

Nous examinerons le nouveau texte en ayant à l'esprit cette tendance.

Il faudra d'abord examiner la définition de l'objet protégé (I), puis l'étendue de la protection accordée sur cet objet (II). Nous analyserons ensuite la confrontation des mesures techniques avec d'autres intérêts également protégés par le droit, que ces intérêts soient internes au droit d'auteur ou externes (III). Enfin, nous finirons en tentant de définir quelques conséquences pratiques du texte sur nos pratiques contractuelles (IV).

Il reste que le sujet est incroyablement complexe.

Monsieur le professeur Michel Vivant, au récent congrès de l'ALAI de Barcelone, s'interrogeait sur le point de savoir si le législateur n'avait pas joué à « *l'apprenti-sorcier* ». Je reprendrais ses mots, pour me dédouaner des possibles erreurs d'analyse que je pourrais commettre sur un sujet aussi neuf, que j'aborde ici avec beaucoup d'humilité et de circonspection, et compte tenu de l'ampleur du sujet, sans prétendre à l'exhaustivité.

Se posera
nécessairement un jour
la question de l'impact
du droit moral,
sans doute trop oublié
dans les débats.

I. – L'OBJET DE LA PROTECTION

Il existe deux types de mesures techniques :

- les mesures techniques d'information, que l'on tend parfois à oublier, alors qu'elles sont tout aussi importantes dans l'univers numérique ;
- les mesures techniques de protection.

Les informations protégées sont :

- celles portant sur le régime d'utilisation ou l'identité de l'œuvre ;
- sous une forme intelligible par l'homme (y compris sous forme de numéros, de code, etc.) ;
- et à la condition que cette information ait été jointe à la reproduction ou apparaisse à la communication de l'œuvre (il ne s'agit donc pas d'une protection autonome mais d'une protection liée à la diffusion de l'objet protégé lui-même).

Enfin, c'est bien l'information fournie par le titulaire de droits qui est protégée, et non celle ajoutée par les différents intervenants subséquents sans l'autorisation des titulaires de droits. La loi reprend cet élément introduit par la directive.

Les questions posées par la définition des mesures techniques de protection sont plus complexes.

Je vous renvoie ici au texte, mais je voudrais mettre en avant cinq points sur la définition de la mesure technique efficace destinée à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées par les titulaires de droits.

1. – Le principe de neutralité technique et l'exclusion du format

La mesure technique peut être « *toute technologie, dispositif ou composant* » : les termes utilisés sont applicables quels que soient les vecteurs (supports, réseaux, matériels, application logicielle ou fichiers numériques), sous la réserve cependant « *qu'un protocole, un format, un algorithme de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique* ». L'idée est d'éviter de protéger les éléments passifs d'un système de protection et de ne prendre en compte que les éléments dynamiques. La volonté a été d'éviter la revendication

d'une protection sur les formats des principaux éditeurs de logiciels.

Toutefois, il restera à s'entendre sur la notion exacte de « *format* », « *protocole* », etc. On peut d'ores et déjà remarquer une difficulté sur la notion de « *format* », qui n'est que le résultat de spécifications mises en œuvre en amont. Va-t-on alors inclure ces spécifications dans la notion de « *format* » (et qui donc ne pourront pas en tant que telles être protégées ?) ou va-t-on considérer que seul le résultat lui-même échappe à la protection par les mesures techniques ?

Il s'agit d'un point important : soit on adopte une définition extensive et on réduit le champ de la protection, soit l'on adopte à l'inverse une définition restrictive et l'on augmente le champ de la protection.

Pour les praticiens, cela sera l'un des premiers points à mettre en œuvre lors d'un contentieux, en fonction de la partie représentée : celui de déterminer si l'on se situe bien dans le champ de la protection, en intervenant en amont sur cette discussion technique.

2. – Les mesures techniques protègent aussi bien l'accès que l'utilisation de l'objet protégé

C'est là un point important, car on aurait pu également faire autrement.

Le contrôle d'accès répond à la question « *est-ce que je peux entrer ou non ?* », et le contrôle de l'utilisation à la question « *qu'est-ce que je peux faire de l'objet une*

fois que j'en ai la maîtrise ? », c'est-à-dire « *combien de fois puis-je l'imprimer, le regarder mais non le télécharger, le télécharger mais pas le copier, ou alors en x exemplaires, etc.* ».

On voit bien l'importance de cette distinction : si le contrôle de l'accès est aveugle, c'est-à-dire « *on/off* » (on y est ou pas), le contrôle d'utilisation est quant à lui beaucoup plus subtil, puisqu'on va intervenir ici sur les conditions exactes de consultation de l'œuvre.

Et le fait de chercher un équilibre entre les mesures techniques de protection et les exceptions ne se posera d'ailleurs pas de la même manière sur le contrôle d'accès ou sur le contrôle d'utilisation, car permettre l'accès à un bénéficiaire d'une exception nécessitera d'aborder la possibilité d'un contrôle de l'utilisation. Et si l'utilisation s'avère impossible à contrôler, que décider à propos de l'accès ?

3. – L'utilisation de la mesure technique et l'étendue du monopole

La mesure technique n'est protégeable que pour autant qu'elle s'applique à un objet encore protégé.

Prenons une œuvre dans le domaine public dont l'accès ou l'utilisation est régie par une mesure technique : cette dernière ne serait pas protégée par le nouveau texte, point sur lequel tout le monde semble s'accorder.

Mais se posera nécessairement un jour la question de l'impact du droit moral, sans doute trop oublié dans les débats.

Le droit moral étant perpétuel, la chute de l'œuvre dans le domaine public au titre des droits patrimoniaux peut laisser subsister des utilisations nécessitant l'autorisation des titulaires, qui pourraient alors mettre en œuvre des mesures techniques pour la protection de leur droit moral. Certes le droit moral s'exerce *a posteriori*, mais nous savons que pour certaines utilisations, et la Cour de cassation le rappelle de manière forte depuis quelques années, l'autorisation préalable du titulaire de droits doit être obtenue *a priori* sous peine d'atteinte au droit moral.