

dans la maison et n'a rien emporté – ou aussi et peut-être surtout parce qu'il sera très difficile de l'identifier.

Et si le propriétaire du bien n'est que l'utilisateur de la barrière, mais non le propriétaire, la priorité du fournisseur du propriétaire sera de rassurer la clientèle qui utilise les modèles de barrière de la pertinence de celles-ci, quitte à lui fournir gratuitement une protection complémentaire. Ce simple exemple, certes réducteur, démontre en lui-même aussi l'autonomie potentielle de la mesure technique.

Sur la base de cet exemple, le sujet de cette intervention consiste à s'intéresser non pas nécessairement au contenu de ce qui a été protégé par la barrière, mais à la barrière elle-même, et à sa protection.

Ce seront également les limites de la présente étude.

La question de l'interopérabilité, limite de la protection accordée, est traitée par le Professeur Thomas Dreier³, et celle de la confrontation entre exceptions et mesures techniques par le Professeur Valérie-Laure Benabou⁴. Enfin, le contenu précis de la loi du 1^{er} août – avec tous les débats qu'elle entraîne, ne seront pas abordés spécifiquement et nous renvoyons sur ce point aux articles spécialisés et aux traités existants⁵.

Nous nous proposons alors, dans un premier temps, de resituer la question générale de la protection juridique de la mesure technique (1). Nous pourrions ensuite émettre une série de critiques et de propositions de réflexion au regard notamment, mais pas seulement, de la pertinence du nouveau régime proposée par la loi du 1^{er} août 2006 (2).

1. La problématique générale de la protection de la mesure technique

1.1. Le rapport entre la propriété et la mesure technique

De tout temps, les propriétaires ont souhaité ajouter à leur protection juridique une protection physique – les barrières – ou des mécanismes de contrôle d'accès – le « mot de passe ».

Victor Nabhan mentionnait en ouverture du colloque de New York de l'ALAI en 2001⁶ une des premières mesures techniques de protection, soit le mot de passe – le login – utilisé par les voleurs pour interdire l'entrée de la caverne aux trésors – « sésame ouvre toi, » et le premier délinquant malgré lui des mesures techniques de protection – ici le code d'accès : Ali Baba, qui entend le mot de passe et l'utilise ensuite à son profit.

Et de tout temps les propriétaires ont donc souhaité borner leurs propriétés, installer des serrures, ériger des barrières. La technique vient alors au secours du droit de propriété.

Ce n'est donc pas nouveau. Mais il faut noter que la première protection naturelle de la mesure technique, ce n'est pas le droit, mais la propre efficacité technique de la mesure elle-même. C'est une évidence, mais il est bon de la rappeler.

En cela, la mesure technique n'a pas besoin du droit, puisque elle dispose de sa propre finalité : protéger en

elle-même. La mesure technique dispose alors de son autonomie de par sa finalité interne, non saisie par le droit.

Pourquoi décider alors de protéger la mesure technique par le droit de manière autonome ? Parce que l'atteinte à celle-ci crée un trouble inacceptable. Mais lequel ? Est-ce l'atteinte à l'intérêt légitime du propriétaire de la barrière que l'on veut protéger ? Ou l'atteinte au propriétaire du contenu protégé par la barrière ? Il est alors possible que le droit protège l'atteinte à la mesure technique, prise en elle-même, ou en fasse un facteur aggravant de l'atteinte à la propriété garantie techniquement.

Prenons l'exemple du vol. Le vol est constituée par la soustraction frauduleuse⁷, mais la circonstance particulière d'une destruction, d'une détérioration ou d'une dégradation est une circonstance aggravante, et aussi, mais de manière indépendante, une infraction en soi, mais exercée à propos du vol, elle est absorbée et peut perdre son autonomie.

Il y a donc deux niveaux de nécessité dans une protection juridique de la mesure de protection technique :

– sa protection autonome ;

– sa protection dans la fonction qui lui a été assignée de protection d'un autre intérêt juridiquement protégé⁸. Dans ce second cas, l'atteinte à la mesure technique se double nécessairement d'une atteinte, ou d'une potentialité d'atteinte, à un autre intérêt que celui de la protection elle-même.

La réponse du droit est alors différente : prise dans sa fonction de protection d'un autre intérêt, la légitimité de la protection juridique de la mesure technique peut être perçue comme plus forte. La nécessité alors de protéger par le droit la mesure technique mise en place pour défendre par ailleurs un intérêt légitime est ainsi permanente mais il faut veiller à être en harmonie avec celui qui détient l'intérêt légitime qui doit être protégé. À défaut, la protection – autonome – perd son sens ou à tout du moins sa légitimité, sauf à considérer qu'il faut protéger le marché spécifique des vendeurs et fournisseurs de barrières...

Les développements technologiques ont rendu cette nécessité encore plus impérieuse, et, depuis vingt ans, se sont multipliés les textes réprimant les atteintes aux mesures techniques de protection de la propriété, l'objectif déclaré étant de protéger non pas la mesure tech-



3. V. dans le présent numéro p. 419 sq.

4. V. dans le présent numéro p. 423 sq.

5. A. Latreille et T. Maillard, Les mesures techniques de protection et d'information : J.-Cl. Prop. litt. art., fasc. n° 1660, oct. 2005, S. Dussolier, Thèse, op. cit. et art. op. cit. ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, p. 593 sq.

6. V. *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, Actes du congrès de l'ALAI, du 13 au 17 juin 2001, New York, États-Unis.

7. Art. 311-1 du Code pénal : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

8. Sur les notions : v. S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Université de Montpellier, 2004, p. 32 sq.

nique en elle-même, mais l'intérêt que cette mesure protège.

Quelques exemples démontrent le lien entre la protection de la mesure technique et l'intérêt à protéger. Le droit pénal de l'informatique est venu protéger l'émergence et le développement du marché du logiciel⁹. La loi « Canal Plus » est venue protéger l'émergence d'un secteur de télévision à péage¹⁰. La directive « Télévision Sans Frontières » protéger la rémunération des services et non les services eux-mêmes¹¹.

On pourra aussi faire remarquer que les mécanismes de protection juridique transversaux ont trouvé à s'appliquer :

- le contrat
- la responsabilité civile
- la concurrence déloyale
- la protection du secret des affaires.

Lorsque la mesure de protection est elle-même protégée par un droit de propriété intellectuelle, ce droit protège alors la mesure technique prise de manière autonome : logiciel, brevet. Mais dans ces cas, l'objet de la protection est clair car a été identifié l'intérêt que l'on a souhaité protéger.

Pourquoi alors ne pas s'être basé uniquement sur ces protections autonomes de la mesure technique, applicables à celles mises en place pour protéger l'objet protégé par le droit d'auteur ? Ainsi, en droit français, par exemple, l'accès ou le maintien non autorisé dans un système informatique ou le droit d'auteur du logiciel permettraient aussi souvent de sanctionner des actes d'atteinte aux mesures de protection technique.

Mais finalement, si il y a eu contournement, c'est pour ensuite qu'il y ait eu acte d'utilisation non autorisé, et donc une violation du droit d'auteur, ou encore parfois une violation du contrat d'accès à l'œuvre. La question d'une protection finalisée s'est alors posée.

1.2. Le débat sur la nécessité d'une protection particulière de la mesure technique dans le droit d'auteur

De nombreux outils juridiques existaient donc, permettant de protéger de manière indirecte les mesures techniques de protection, y compris quand elles étaient appliquées pour maîtriser l'accès ou l'utilisation des œuvres.

Mais plusieurs constatations ont été faites à ce sujet :

- d'abord, certains actes d'atteinte des mesures techniques n'entraient finalement dans aucune des incriminations existantes, notamment pour le contournement des protections des DVD ;
- en second lieu, la question du titulaire du droit sur la mesure technique s'est également posée ; prenons l'exemple d'un logiciel qui a pour fonction de protéger l'accès à une œuvre. L'atteinte à ce logiciel pourra être certes sanctionnée sur le fondement de l'atteinte au droit d'auteur sur ce logiciel – mais la personne habilitée à agir sera alors le titulaire des droits sur le logiciel, et non le titulaire des droits sur l'œuvre.
- en troisième lieu, les finalités de ces protections juridiques sont différentes de celles du droit d'auteur : par exemple, la directive TSF vise à protéger la rémuné-

ration du service, et non le contenu du service. Le système CCS des DVD protège des zones de commercialisation, et non les contenus des DVD.

La première objection est semble-t-il pertinente en théorie, encore qu'il reste à définir ce qu'est une mesure technique qui ne repose pas sur du logiciel ou dont le contournement ne pourrait entrer dans aucune des incriminations existantes. Exercice difficile à faire sans cas concret.

La seconde objection aurait pu être levée : mais comme l'avait fait remarquer Séverine Dussolier¹², il suffirait d'ouvrir aussi l'action à tous ceux qui ont un intérêt légitime ou bénéficient d'un contrat.

Finalement, la troisième l'a peut être emportée, et il est apparu nécessaire, à titre de symbole, de protéger spécifiquement la mesure technique finalisée.

1.3. Est donc née la croyance d'une nécessité de protéger spécifiquement les mesures de protection mises en place pour protéger l'accès ou l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Nous voudrions alors rappeler très brièvement les étapes de cette réflexion¹³.

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.

Il faut noter que cette crainte se développait sur deux axes :

- le premier, dont on parle le plus, lié à la dissémination des œuvres permises par le numérique,
- le second, qui a pourtant été le premier souci des titulaires de droits, qui est fondé sur l'impossibilité d'identifier un fichier numérique.

Les premiers travaux effectués sur ces deux sujets ont donc été techniques, et uniquement techniques.

Pour préparer cette intervention, nous nous sommes replongés dans les différents projets de protection et



9. Art. 323-1 à 323-7 du Code pénal issus de la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 dite « loi Godfrain » relative aux atteintes aux systèmes de traitement de données automatisés.

10. Art. 79-1 à 79-6 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 – Directive 98/84/CE du 20 nov. 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

11. Directive 97/36/CE du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du 30 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, transposée à l'article 95 de la loi n° 86-1067 introduit par l'article 22 de la loi n° 2000/719 du 1^{er} août 2000.

12. Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur, *op. cit.*, Partie IC : Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large, p. 109 sq.

13. V. aussi G. Vercken, Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? : *Lamy Droit de l'Immatériel* oct. 2006, Supplément au n° 20.

d'identifications réalisés au début de l'ère du numérique, soit 1993-1994, et notamment le projet CITED – ESPRIT, et les premiers travaux de l'AFNOR repris ensuite par l'ISO sur l'identification des œuvres¹⁴.

Nous avons retrouvé, et relu avec intérêt, les axes de réflexion présentés par la Commission européenne en 1994¹⁵.

L'importance des normes, des DRM (systèmes électroniques de gestion de droits d'auteurs) nous à l'époque), et de l'identification, était déjà perçue et mis en avant. Mais la protection juridique autonome des mesures techniques n'y est non seulement pas envisagée, mais un modèle inverse est proposé : il fallait alors un règlement commun imposant que tout système de lecture de copie, d'enregistrement de lecture et d'affichage comprenne un mécanisme destiné à prévenir l'usage non autorisé de l'information. Et le projet CITED avait vocation à offrir à tous une solution technique harmonisée : « Ce modèle est dans le domaine public et réunit les critères nécessaires pour devenir un modèle de référence général pour toute application confrontée au problème de la protection du droit d'auteur ».

C'est intéressant car la Commission n'envisage alors qu'une réponse technique au développement numérique et cette technique doit être inféodée au droit d'auteur, et être imposée aux exploitants [...] et non l'inverse.

La technique doit donc répondre aux problèmes qu'elle soulève et la priorité est mise sur la définition de ces outils techniques. Dans cette optique, la technique – et le contrat – viennent au soutien du droit, et sont les seuls outils – assujettis – de gestion des droits envisagés.

Un pas a été ensuite franchi : la croyance qu'en dehors de la technique, pas de salut. La simple existence d'un droit exclusif a été perçue comme n'étant plus suffisante 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 (tatouage, 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. La directive du 22 mai 2001 a repris l'obligation, et enfin la loi du 1^{er} août 2006.

Mais l'évangélisme du début a disparu et l'attention s'est focalisée sur les limites de la nouvelle protection juridique de la mesure technique : d'abord interne au droit d'auteur – la question des exceptions – puis externe – la protection de la vie privée et des données personnelles, droits des consommateurs, liberté d'expression, etc.

Mais la question même de la nécessité – la légitimité même – de la protection juridique de la mesure technique ne s'est plus posée, comme s'il s'agissait d'une

évidence qui ne pouvait être remise en question, le dogme d'origine.

Et au final, si cette protection juridique posait plus de problèmes qu'elle n'est censée en résoudre ?

2. Critiques et remise en cause de la protection juridique des mesures de protection technique par le droit d'auteur.

2.1. La naissance d'un nouvel objet de droit et la révélation d'un nouveau titulaire de droits

Il est de bon ton – et le texte nous y invite – de relever le caractère confus et incompréhensible de la DADVSI, et nos candidats à la présidentielle viennent de nous le rappeler encore – il faudra revoir ce texte. Il ne sera pas de notre propos de revenir ici sur les incohérences et les incertitudes du texte du 1^{er} août 2006. Nous nous y sommes déjà essayés ailleurs¹⁶, et d'autres l'ont fait de manière encore plus pertinente¹⁷. Nous souhaiterions proposer une autre lecture du système mis en place : les causes et les conséquences peut-être de ces incohérences et incertitudes.

En premier lieu, il est possible d'affirmer que l'identification de l'intérêt à protéger – ou des intérêts à protéger, n'a pas été clairement effectuée. De cette brume en amont découle nos brouillards en aval.

Le résultat est alors inattendu lorsque se dissipe les nuages : un nouveau titulaire de droits est apparu : le titulaire des droits sur la mesure technique, ce qui entraîne des difficultés majeures d'application du nouveau texte. Si l'objet protégé n'est pas clairement défini, il sera difficile alors et par effet mécanique de définir les titulaires de droit sur cet objet.

La mesure technique est présentée comme devant être protégée pour défendre le droit d'auteur, mais c'est un objet différent (toujours la barrière). La mesure technique n'est pas une œuvre, ce n'est pas un logiciel non



14. V. P. Chantepie, M. Hérubel et F. Tarrier, Mesures Techniques de protection des œuvres & DRMS, rapport n° 2003-02, ministère de la Culture et de la Communication, *La documentation française*, 2003 – *Le droit d'auteur en cyberspace, Le droit d'auteur et l'infrastructure mondiale de l'information*, Journées d'étude de l'ALAI, du 4 au 8 juin 1996, Amsterdam, A. Lucas, Rapport général, Le droit d'auteur et protections techniques, p.343 ; G. Vercken, Les dispositions tendant à interdire les appareils à contourner les mesures techniques anti-copie, p. 387.

15. AFCET, 15 déc. 1994, D. Gonthier, Commission européenne, DGIII-F5, *Monde numérique et propriété intellectuelle – Opportunités et défis*, p. 95.

16. G. Vercken, La copie privée : un avenir préservé ou compromis ? : *Lamy Droit de l'Immatériel* mars 2007, Supplément au n° 25.

17. A. Lucas et P. Sirinelli, La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : premières vues sur le texte promulgué à l'issue de la censure du Conseil constitutionnel : *Propri. intell.* 2006, n° 20, chron., p. 297.

plus puisque la directive et la loi l'excluent¹⁸. Alors qu'est ce que c'est ? Un code d'accès ? Un système complexe ?

Nous savons en tout cas que cet objet n'est ni l'œuvre, ni l'interprétation, ni l'enregistrement, ni le programme : c'est bien en tout cas par défaut un nouvel objet autre que ceux que nous connaissons.

D'où une deuxième difficulté, elle aussi irréversible : qui est titulaire du droit de ce nouvel objet ? C'est la question fondamentale qui n'est pas résolue directement par les textes. Pourtant, la réponse est simple, et elle bouleverse notre droit d'auteur.

Car ce n'est pas le titulaire de droits sur le contenu, mais le titulaire de droits sur la technologie employée, si celle-ci n'est pas du logiciel, qui détient le droit sur la mesure technique.

Comme l'objectif n'a pas été nécessairement clairement défini, soit l'intérêt à protéger, le problème est réel.

Ainsi, le débat sur la nécessité ou non de l'accord des auteurs et des artistes interprètes est révélateur de la dichotomie des objets et des titulaires. Demander l'accord avant la mise en place des mesures, ou simplement informer l'auteur ou l'artiste, qu'importe ici, cela démontre en tout cas le double objet.

En cas d'atteinte à la mesure technique, qui pourra agir ? La réponse est simple : celui qui détient la maîtrise de la technologie de la mesure technique. Quel est-il ? Réponse : le fournisseur de la barrière, et non le propriétaire du contenu protégé par la barrière, quel qu'il soit (auteur, artiste, producteur, cessionnaires des droits sur le contenu). Le véritable titulaire de droits sur la mesure technique n'est ni l'auteur, ni l'artiste, ni les producteurs, mais les fournisseurs de technologie.

Et l'objet protégé n'est plus l'œuvre, mais la mesure technologique – de protection – ou d'information.

Alors que le droit d'auteur est fondé sur le principe de l'indépendance au regard de la propriété matérielle du support, que le droit moral protège déjà les informations essentielles liées à l'œuvre, fallait-il introduire cette nouvelle catégorie de droits ?

Le Conseil constitutionnel a confirmé ce problème fondamental d'identité, mais en apportant une réponse¹⁹ : il a identifié un titulaire des droits sur les mesures techniques, personne autonome et dont les intérêts doivent aussi être garantis maintenant par le Code de la propriété intellectuelle, et notamment par l'autorité de régulation²⁰.

Il faut annoncer donc officiellement et solennellement l'existence d'un nouveau titulaire de droits dans notre Code de la propriété intellectuelle sur un objet non défini, ou plutôt sur un objet qui n'a rien à voir avec le droit d'auteur ou le droit voisin. Le logiciel est venu perturber l'équilibre du droit d'auteur, même si celui-ci a fini par l'absorber.

L'attribution de droits exclusifs à des investisseurs – producteurs et entreprises de communication audiovisuelle, a aussi posé des difficultés. Au moins nous étions dans une logique compréhensible et avec une certaine hiérarchie entre droits voisins et droit d'auteur :

– le droit voisin ne doit pas bloquer le droit d'auteur

– l'artiste n'existe que s'il existe une œuvre.

Par contre, rien n'a été pensé réellement sur les rapports précis entre ce nouveau titulaire de droits sur les mesures techniques et les titulaires de droits sur les contenus, car cette protection s'est créée dans la croyance que celle-ci serait inféodée à la protection du contenu, ce qui en fait n'est pas le cas.

2.2. Critiques et propositions radicales ?

Certes, comme l'attention s'est portée sur les relations entre titulaires de droits et bénéficiaires des exceptions, l'incidence sur les droits est évidente : mais c'est la protection des mesures techniques qui a redessiné les contours des exceptions, et donc du droit exclusif : l'aval a modifié l'amont. Le résultat est là et il est incohérent et dangereux pour le droit d'auteur, lequel devrait voir ses limites dessinées en considération de son propre objet et de ses finalités propres, et non en fonction de la mise en place ou non des mesures techniques et de leur protection au regard des exceptions.

Et il faut noter que cette introduction d'un objet exogène entraîne des réactions de rejet :

- des artistes eux-mêmes,
- des auteurs,
- mais aussi et surtout du public.

Le public en vient à considérer que les mesures techniques sont mises en place par les titulaires de droits, et notamment les producteurs de phonogramme ou de vidéogramme, alors que même ces derniers ne contrôlent plus celles-ci puisque ce sont les plates – forme de distribution qui maîtrisent ces mesures.

Et autre point essentiel : le titulaire qui souhaite avoir accès à la technologie doit passer avec celui-ci un contrat. Ce contrat détaille les conditions d'accès à la technologie, et fixe le pouvoir dont disposera le titulaire sur la mesure technique. Ce n'est plus alors la loi qui détermine le rapport entre le titulaire du droit sur le contenu et le titulaire du droit sur la mesure technique, mais le contrat particulier entre ces deux parties : contrat qui dans la plupart des cas ne sera pas soumis d'ailleurs au droit français, les fournisseurs de barrière étant aujourd'hui majoritairement anglo-saxons.

Nous voudrions ici citer deux exemples topiques.

Dans le domaine de la distribution numérique de musique, les producteurs n'ont pas le contrôle des



18. Exclusion à l'article 1^{er}.2 et au 50^e considérant de la directive sur la société de l'information du 22 mai 2001 des dispositifs utilisés en liaison avec des programmes d'ordinateur régis par la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur – art. L. 331-5, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle transposant la directive de 2001.

19. Déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information – V.-L. Benabou, Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juill. 2006 : *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240.

20. F. Siirainen, L'autorité de régulation des mesures techniques : un objet juridique non identifié ? : *Lamy Droit de l'Immatériel* mars 2007, Supplément au n° 25.

DRM²¹, ceux-ci étant mis en place comme le souhaite la plate-forme. Plus : les contrats proposés désormais prévoient que les artistes s'engagent à ne pas porter atteinte aux mesures techniques et à ne pas remettre en cause les droits sur celles-ci ! C'est le monde à l'envers et la boucle est bouclée.

Deuxième exemple, qui me servira de conclusion. J'ai dit qu'il n'y avait pas d'exemple de contentieux – c'est vrai – mais il y a un exemple récent de « crackage » important d'une mesure technique qui est selon nous topique. La plupart des plates formes de VOD utilisent Windows Medias 10 ou 9, incluant des DRM. Notons que c'est une DRM qui contrôle l'utilisation, et non l'accès. Le 19 août 2006, un internaute publie sur internet un outil permettant de cracker la protection, et de récupérer les clefs de protection : *fair use 4*.

Le 28 août 2006, Microsoft publie un patch. Le 2 septembre 2006, l'internaute publie une version 2 de l'outil qui contourne le patch de Microsoft. 19 septembre, nouveau patch de Microsoft. 27 septembre, nouvel outil de détournement.

Examinons les réactions des protagonistes :

- le fournisseur de technologie – de barrière : d'abord une réponse technique : il renforce sa barrière ;
- ensuite juridique : Microsoft poursuit l'internaute, mais sur le fondement du droit du logiciel ;
- les plates-forme de distribution : BskyB suspend sa plate forme de VOD le 12 septembre 2006 ; pourquoi ? A-t-elle reçu des menaces des titulaires de droits sur les films ? Non, uniquement des titulaires de droits sur les événements sportifs, soit les fédérations sportives...

– les titulaires de droit sur les films : à notre connaissance, pas de réaction ; c'est lié aussi au fait que les statistiques démontrent qu'il n'y a pas eu de variation d'exploitation.

Enfin l'internaute lui-même. Voici ce que ce dernier écrit sur son site lorsqu'il met à disposition son outil : « Ce programme est uniquement destiné à une utilisation relevant du *fair use*. Je n'ai pas été capable de mettre en place un outil qui contrôle la durée de la licence de location. Aussi, n'utiliser pas mon outil pour violer les licences de locations... ».

Le message est fondamental : il est d'accord pour respecter les droits des films, mais pas les restrictions apportées à l'usage dictées par les titulaires de droits sur les mesures techniques. Autrement dit : « cassons les mesures techniques, mais ne violons pas les droits ».

L'enseignement est évident : la finalité du droit d'auteur n'est pas la même que celle des fournisseurs de technologie.

Que conclure – provisoirement et nécessairement maladroitement ? La loi du 1^{er} août 2006 s'est focalisée sur les rapports entre mesures de protection technique et exceptions, et on a « oublié » de considérer en amont de manière plus fondamentale la relation entre mesures de protection technique et droit d'auteur. Les objets sont différents et les titulaires sont différents.

De la même manière que le CPI prévoit à l'article L. 111-3 des mesures d'équilibre avec le propriétaire de l'objet matériel incorporant l'œuvre, il est temps alors de repenser les rapports entre les titulaires de droits sur les mesures techniques et titulaires de droits, avant que

notre droit d'auteur devienne un magma – difficilement compréhensible par nous – et objet de rejet total de la part du public.

La question de l'opportunité du choix de protection doit donc de nouveau se poser. Que Choisir (sans jeu de mot) ?

Nous prôtons une réflexion autour de deux mesures essentielles à prendre.

Une mesure juridique concrète : la protection de la propriété de la mesure de protection technique – à redéfinir – devrait être indépendante de la propriété de l'œuvre, et ne pas figurer dans le Code de la propriété intellectuelle.

En tout état de cause, il conviendrait de revenir à la base de la réflexion sur les périmètres de protection, et adopter une règle simple : à supposer que les mesures techniques soient protégées dans le cadre du droit d'auteur, cette protection ne devrait jouer que lorsque l'atteinte au droit de la mesure technique entraîne une atteinte au droit d'auteur. Dans ce cas, l'atteinte à une mesure technique ne devrait pas être protégeable si elle est effectuée pour bénéficier d'une exception, et les contrats ne pourraient déroger à ce principe.

Certes, la solution est radicale et peu en phase avec ce que semble démontrer l'histoire récente. Mais elle constitue peut-être une mesure de sauvegarde à terme du droit d'auteur²².

Une mesure symbolique : l'instauration de nouvelles mesures : les Mesures Intellectuelles de Protection de la Propriété Littéraire et Artistique, soit les MIP – PLA – qui seuls permettront à notre droit de la propriété intellectuelle de rester lisible, accessible, et ce quelques soient les supports et les vecteurs de communication, en sortant les mesures techniques et leurs titulaires de son champ, les DRM ayant de manière évidente contribué à une forte remise en cause du droit d'auteur par le public²³.

Nous savons que remettre en cause le principe même de la protection juridique par le Code de la propriété intellectuelle des mesures techniques peut apparaître comme utopique ou choquant.

Mais notre conviction est que l'avenir de notre droit d'auteur nécessite la défense intelligente de son périmètre restreint, cohérent et autonome, et aussi et surtout selon nous à la réflexion sur les rôles et les responsabilités des acteurs du logiciel, des fournisseurs d'accès et des fournisseurs de services, bref à ceux qui vivent des contenus protégés, et non à conférer des nouvelles protections à des fournisseurs de barrières – qui au surplus n'en ressentaient pas la nécessité.



21. [...] sans même parler d'ailleurs de l'impossibilité d'obtenir des prix inférieurs ou de modifier les termes des contrats proposés [...].

22. V. les remarques essentielles de S. Dussolier, L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? : *Com. com. électr. nov. 2005*, n° 11, Étude 38.

23. V. l'article lumineux de F. Sardain, Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres : *Com. com. électr. mai 2004*, n° 5, Étude 12.